

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND TALLINNAS

Eraõiguse instituut

Kristina Brandt-Kure

INNOVATSIOONIHANGE RIIGIHANKE ÕIGUSES

Magistritöö

Juhendaja: Evelin Pärn-Lee

Tallinn 2018

SISUKORD

SISSEJUHATUS	3
1. INNOVATSIOON JA RIIGIHANGTE ÕIGUS	6
1.1 Riigihangetega seotud horisontaalsed eesmärgid	6
1.2 Innovatsiooni mõiste	10
1.3 Teadus ja arendustegevuse mõiste	15
1.3 Teadus ja arendustegevuse erandi rakendamine	22
2. KOMMERTSKASUTUSELE EELNEV HANGE	24
2.1 Kommertskasutusele eelneva hanke taust	24
2.2 Kommertskasutusele eelneva hanke ese	26
2.3 Kommertskasutusele eelneva hanke menetlusetapid	27
2.4 Euroopa Liidu lepingu põhimõtete rakendamine	30
2.4.1 Läbipaistvuse põhimõte	31
2.4.2 Võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise põhimõte	33
2.5 Kommertskasutusele eelnev hange ja intellektuaalomand	36
2.6 Kommertskasutusele eelnev hange ja riigiabi	40
3. INNOVATSIOONIPARTNERLUS	44
3.1 Innovatsioonipartnerluse taust	44
3.2 Innovatsioonipartnerluse ese	45
3.3 Kuidas veenduda innovatsioonipartnerluse kasutamise õiguses?	47
3.4 Innovatsioonipartnerluse hankemenetlusega seotud probleemid	51
3.6 Innovatsioonipartnerlus ja riigiabi	55
KOKKUVÕTE	58
SUMMARY	Tõrge! Järjehoidjat pole määratletud.
KASUTATUD ALLIKAD	65

SISSEJUHATUS

Seoses ühiskonna ja tehnoloogia arenguga on innovatsiooni edendamine muutunud avaliku sektori jaoks järjest olulisemaks. Euroopa Liidu tasandil soovitakse Euroopa 2020 strateegia ning teiste poliitikadokumentide abil muuta Euroopa liidu majandust konkurentsivõimelisemaks. Üheks innovatsiooni edendamise võimaluseks on innovaatiliste lahenduste riigihange. Seetõttu on innovatsiooni edendamine kesksel kohale asetatud ka riigihangete direktiivides 2014/23/EL, 2014/24/EL ja 2014/24/EL. Innovaatiliste lahenduste riigihankes nähakse majanduse elavdamise vahendit, mis soodustab töökohtade loomist ning tõstab väikese ja keskmise suurusega ettevõtete konkurentsivõimet kuna innovaatiliste lahenduste riigihangetes leitakse uusi ja paremaid viise asjade tootmiseks ja teenuste pakkumiseks.

Euroopa Liidus viiakse aastas läbi riigihankeid 200 miljardi euro eest aastas¹. Euroopa Liidu 2020 arengukava üheks eesmärgiks on investeerida 3 protsenti majanduse kogutoodangust innovatsiooni edendamisse ning selle abil soovitakse luua 3,7 miljonit töökohta ning suurendada aastaks 2025 Euroopa kogumajanduse käivet 795 miljardi euro võrra aastas.² Rahandusministeeriumi 2017. aasta riigihangete kokkuvõtte kohaselt korraldati Eestis kokku 10 375 hanget. Esialgse hinnangu kohaselt kujunes hangete kogumaksumuseks veidi üle 2 miljardi euro, mis jääb eeldatavalt samasse suurusjärku 2016. aastal korraldatud hangete mahuga, mis oli 2,1 miljardit eurot³.

Eestis on riigi tasandil teadvustatud, et muudatused tehnoloogiates ning ühiskondlikes protsessides toovad kaasa vajaduse paindlikuma ja innovautilisema riigivalitsemise järele.

¹ Komisjoni 03.10.2017 teatis Euroopa Parlamendile, Nõukogule, Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele ning Regioonide komiteele. Kuidas rakendada Euroopa riigihankeid kogu Euroopa teenistusse. COM (2017) 572, lk 2.

² Guidance for public authorities on Public Procurement of Innovation. Procurement of Innovation Platform. 2015, lk 5-6. Kättesaadav: https://www.innovation-procurement.org/fileadmin/editor-content/Guides/PPI-Platform_Guide_new-final_download.pdf

³ Veebruaris 2018 Rahandusministeeriumi kodulehel avaldatud 2017 riigihangete kokkuvõte, lk 1. Kättesaadav: https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/Riigihangete_poliitika/2017_uldine_statistika.pdf

Uuenduslike ideede korjeks ja läbitöötamiseks tegutses Riigikantselei juures märtsist 2016 kuni juunini 2017 avaliku sektori ja sotsiaalse innovatsiooni rakkerühm, kelle ülesandeks oli jõuda ettepanekuteni, mis suurendaksid avaliku sektori innovatsioonivõimekust ning laiemalt ka ühiskonna valmidust sotsiaalseks innovatsiooniks. Innovatsioon ja innovatsioonihanked on raporti kohaselt üheks riigireformi abivahendiks ja edendajaks⁴.

Eestis on innovaatiliste lahenduste riigihangetele suhteliselt vähe tähelepanu pööratud ning õiguskirjanduses ei ole innovaatiliste lahenduste riigihanket käsitletud. Sotsiaalteaduste valdkonnas Eestis on innovaatiliste lahenduste riigihanket uurinud Tallinna Tehnika Ülikooli R. Nurkse innovatsiooni ja valitsemise instituudi teadlased, kelle artiklid on jõudnud ka rahvusvahelistesse teadusajakirjadesse. Riigihangetega seotud horisontaalseid poliitika eesmärgi, mille hulka kuuluvad ka innovatsioonihanked, on Eesti õiguskirjanduses varasemalt käsitletud seoses keskkonnahoidlike hangetega ja sotsiaalsete eesmärkide seadmisega riigihangetel. M.A. Simovart. on uurinud soolise võrdõiguslikkusega seotud eesmärkide rakendamist Eesti riigihankel sekundaarse eesmärgina.⁵ P. Lember on analüüsinud keskkonnakaitseliste eesmärkide rakendamise võimaluste riigihangetel.⁶ Riigihangetega seotud horisontaalsete eesmärkide saavutamist on uuritud ka tööhõivealaste eesmärkide ja palga tingimustega seotud sotsiaalsete kaalutlust näitel.⁷

Käesolevas töös analüüsib autor innovaatiliste lahenduste riigihanket kommertskasutusele eelneva hanke ja innovatsiooni partnerluse näitel. Innovatsioonihanke mõistet kasutab autor uurimustöös üldmõistena uuritavate hankeliikide kohta sh kommertskasutusele eelneva hanke kohta. Kuigi kommertskasutusele eelnev hanke ei kuulu riigihangete direktiivide reguleerimisalasse on tegu menetlusega, millele kohalduvad Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Liidu toimimise lepingu (edaspidi ELTL) sätteid.

⁴ Praktilisi näpunäiteid avaliku sektori ja sotsiaalse innovatsiooni edendamiseks. Rakkerüma lõpparuanne. Riigikantselei, Tallinn 2017, lk 4.

⁵ M.A. Simovart. Riigihanke sekundaarsete eesmärkide rakendamise võimalusest Eestis. Soolise võrdõiguslikkuse näide. Juridica 2009/3.

⁶ P. Lember. Horisontaalsed eesmärgid ja hankelepingu esemega mitteseotud hindamiskriteeriumid riigihankemenetluses. Juridica 2013/9.

⁷ H.H. Noormaa. Tööhõivealaste kaalutluste kasutamine riigihangetes. Tartu Ülikool. Magistr töö (juhendaja M.A. Simovart), 2017. Kättesaadav: <http://dspace.ut.ee/handle/10062/56499>; R. Estorn. Palgatingimused sotsiaalse horisontaalse kaalutlusena riigihankemenetluses ja hankelepingu eritingimustes. Tartu Ülikool. Magistr töö (juhendaja M.A. Simovart), 2017. Kättesaadav: <http://hdl.handle.net/10062/56500>.

Kommertskasutusele eelnevaid hankeid on läbi viidud vastavalt Euroopa Komisjoni suunistele alates 2007. aastast ning kommertskasutusele eelnev hange pani aluse innovatsiooni partnerluse regulatsioonile riigihangete direktiivis.

Autori hinnangul ei soosi riigihangete direktiiv ja riigihangete seadus vaatamata seadusandja kavatsustele innovatsioonihanke läbiviimist. Esiteks on hankijate jaoks ebaselge, mis innovatsioonihange üldse on. Teiseks teadus- ja arendustegevuse osas peab hankija olema võimeline hindama, kas innovatsioonihanke kaudu antakse potentsiaalselt riigiabi. Kolmandaks peab hankija suutma otsustada kuidas jagada innovatsiooni hanke tulemusena tekkivaid intellektuaalomandi õigusi. Lisaks on riigihangete direktiivis ja riigihangete seaduse regulatsioon innovatsioonipartnerluse etapi osas ebaselge, kuidas peaks korraldama innovatsioonipartnerlusega teadus- ja arendustegevuse etappi. Lisaks on innovatsioonipartnerluse osas ebaselge, kuidas seda rakendada ja millised riskid selle menetluse kasutamisega kaasnevad. Autor püstitab käesolevas uurimuses hüpoteesi, et riigihangete direktiivides ja riigihangete seaduses kasutatav innovatsiooni puudutav terminoloogia on ebaselge ja ei toeta seetõttu innovatsioonihangete korraldamist.

Töö koosneb kolmest peatükist ja nende alapeatükkidest. Esimeses peatükis annab autor ülevaate innovatsiooniga seotud horisontaalsetest poliitikaeesmärkidest, innovatsiooni mõistest ning teadus- ja arendustegevuse mõistest, kuna neid mõisteid kasutatakse praktikas ja erinevates õigusaktides ebaselgelt. Teises peatükis käsitleb autor kommertskasutusele eelnevate hangete regulatsiooni ning sellele kohalduvat Euroopa Kohtu praktikat eesmärgiga saada ülevaade selle hankemenetluse kasutamise võimalustest. Samuti aitavad kommertskasutusele eelneva hankega seotud järeldused anda soovitusi uue riigihankemenetlusliigi innovatsioonipartnerluse rakendamiseks. Kolmandas peatükis analüüsib autor innovatsioonipartnerluse regulatsiooni eesmärgiga saada ülevaade selle kasutamisega seotud võimalustest ja riskidest. Töö tulemusena soovib autor anda praktilisi soovitusi hankijatele innovatsioonihangete läbiviimiseks.

Magistritööd iseloomustavad märksõnad: hankemenetlus, innovatsiooni juhtimine, riigiabi, intellektuaalne omand, autoriõigus.

1. INNOVATSIOON JA RIIGIHANGTE ÕIGUS

1.1 Riigihangetega seotud horisontaalsed eesmärgid

Riigihangete rakendamist innovatsiooni edendamise meetmena on suhteliselt vähe uuritud vaatamata sellele, et avaliku sektori lepinguid on varasemalt kasutatud riigi eesmärkide saavutamist toetava meetmena. Riigihankeid on kasutatud tehnoloogiaga seotud sektorite edendamiseks juba 20. sajandi keskpaigast ning tollal tehnoloogia hankeks nimetatud hanked kattusid sisult paljuski praeguste innovatsiooni riigihangetega.⁸

Strateegilise eesmärkide kasutamine riigihangete poliitikas sai alguse 2004.aastal vastuvõetud riigihangete direktiividega 2004/18 EÜ ja 2004/17/EÜ. Esmalt rakendati riigihankeid strateegiliselt võitluseks töötusega, sotsiaalsete ja keskkonnahoidlike eesmärkide edendamiseks.⁹ Euroopa Kohtu praktikas leidsid riigihankega seotud strateegilised eesmärgid käsitlust juba varem. Euroopa Kohus pidas kahes 2004. aastal vastuvõetud riigihangete direktiividele eelnenud kohtuasjas keskkonnakaitse eesmärkide edendamist olulisemaks varasemalt riigihangete peamiseks eesmärkideks peetud rahaliste vahendite säästlikust kasutamisest ja konkurentsi edendamisest.¹⁰ Euroopa Kohus on sellise käsitluse alusena viidanud Euroopa Liidu aluslepingutele. ELTL artikli 3 punktis 3 nimetatakse liidu eesmärkidena keskkonnakaitse ja teaduse ning tehnoloogia arengu edendamist. Samuti nähakse innovatsiooni riigihankeid nähakse Euroopa Liidus organite poolt välja antud dokumentides ühe meetmena, millega toetatakse väikseid ning keskmise suurusega ettevõtteid.

Riigihangete direktiivi põhjenduspunkti 47 kohaselt on teadusuuringud ja innovatsioon, sealhulgas ökoinnovatsioon ja sotsiaalne innovatsioon, on tulevase majanduskasvu peamisi mõjutajaid ning seega aruka, jätkusuutliku ja kaasava majanduskasvu strateegias „Euroopa 2020” väga tähtsal kohal. Ametiasutused peaksid kasutama riigihankeid võimalikult strateegiliselt innovatsiooni edendamiseks.

⁸ M. Rolfstam. Public procurement of innovation for a better world: a consolidation or a new beginning?, Innovation: The European Journal of Social Science Research, 2015 vol 28 nr 3, lk 211. Kättesaadav: 10.1080/13511610.2015.1065139

⁹ M.A. Blay, Miguel The Strategic Use of Public Procurement in Support of Innovation. European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL), Vol. 9, Issue 1 (2014), lk. 3-4.

¹⁰ EK 17.09.2002, C-513/99 Concordia Bus Finlnd; EK 04.12.2003, C-448/01 EVN-Wienstrom.

Innovatiliste toodete, ehitustööde ja teenuste ostmisega saab oluliselt parandada avalike teenuste tõhusust ja kvaliteeti ning lahendada tõsisemaid ühiskondlikke probleeme. Riigihanke direktiivi põhjenduspunktide põhjal on ilmne, et innovatsioonihange on osa riigihangete horisontaalsetest eesmärkidest. Innovatsioonihanke erinevus sotsiaalsetele või keskkonnahoidlikele eesmärkidele suunatud hangetest seisneb innovatsioonihanke keskendumises hanke aluseks oleva probleemi lahendamisele. Innovatsioonihankes lahendatavaks probleemiks võivad olla toote paremad keskkonnasõbralikud omadused või innovaatiline teenus sotsiaalselt haavatavate sihtrühmade kaasamiseks. Olles tarbijana mõjuvõimsal positsioonil saab riik riigihangete kaudu suunata turuosaliste käitumist.

Kuigi riigihangete seaduse § 2 lõike 2 kohaselt innovatsiooni rakendamine üheks riigihangete seaduse eesmärgiks siis seletuskirjas peetakse rahaliste vahendite säästlikku kasutamist ja konkurentsi siiski innovatsiooni edendamisest olulisemaks. Riigihangete seaduse seletuskirjas märgitakse, et horisontaalsete poliitikate kaalutlustega arvestamine riigihangete läbiviimisel on sageli seotud kuludega, mis võivad äärmuslikel juhtudel osutada taotletava eesmärgi suhtes ebamõistlikeks. Näiteks võib horisontaalse poliitika meetme kasutamine hankemenetluses kaasa tuua väiksema konkurentsi või kallimad hinnad, mis ei toeta eesmärki kasutada avalikke vahendeid võimalikult otstarbekalt ja säästlikult. Seetõttu tuleb asjaomaste kriteeriumide seadmist põhjalikult kaaluda. Autori hinnangul on selline seadusandja lähenemisviis vastuoluline. Rutiinselt läbiviidavate hangetel, milles riigihankega seotud horisontaalseid eesmärke ei arvestata on sõlmitakse hankeping küll näivald rahalisi vahendeid säästaval ja konkurentsi edendaval, kuid hankepinguga võidakse osta aegunud ning hankija vajadustele mittevastavaid asju või teenuseid.

Uuringute põhjal võib väita, et innovatsiooni sõbralike riigihangete korraldamisel on üheks takistuseks asjaolu, et riigihangete direktiivid on keerulised ja neid on seetõttu raske tõlgendada ning rakendada. Selleks, et vältida kohtuvaidlusi korraldatakse hankeid võimalikult järgalt ja tavapäraselt, mis jätab pakkujad mugavustsooni ning nad teevad harjumuspäraseid pakkumusi, milles ei ole ruumi innovatsioonile. Lisaks toob jäikade riigihankemenetluste eelistamine omakorda toob kaasa selle, et väiksemad pakkujad loobuvad riigihangetel osalemast menetluse keerulisuse tõttu ning riigihangetel domineerivad suured ettevõtted.

See omakorda tähendab, et konkurentsi edendamise asemel võib riigihankeõigus hoopis vähendada konkurentsi ja innovatsiooni turgudel.¹¹

Horisontaalsete poliitikate rakendamine riigihangetel on osa normaalset turukäitumisest. Kui tarbija soovib osta taaskasutatud pudelis õlut ja selliseid tarbijaid on piisavalt palju reageerib turg taaskasutatud pudelis õlle pakkumusega. Horisontaalsete poliitika eesmärkidega rakendamine hangetel on täpselt samasugune.¹² Riigihangega seotud õiguskirjanduses märgitakse, et riigihanke üheks eesmärgiks on asjade ostmisel ja teenuste ning ehitustööde tellimisel rahaliste vahendite säästlik ja otstarbekas kasutamine. Lisaks asjade ostmisele või teenuste tellimisele võib riigihankeid kasutada ka sotsiaalsete või keskkonnaga seotud eesmärkide saavutamiseks. Ka neid eesmarke soovib hankija saavutada kasutades rahalisi vahendeid säästlikult ja otstarbekalt. Rahaliste vahendite säästlikule ja otstarbeka kasutamise tagab läbipaistvus ja hanke avamine rahvusvahelisele konkurentsile.¹³ Kuigi see on keeruline tuleb horisontaalsetele eesmärkidele suunatud riigihangetel läbipaistvuse ja konkurentsile avatuse põhimõtted rakendada selleks, et hankeleping sõlmitaks parimatel võimalikel tingimustel ning täidetak nõuetekohaselt.¹⁴

Horisontaalse poliitikaelemendina on innovatsioonihange nõudluspõhise innovatsioonipoliitika instrument, millega avalik sektor esitab oma vajadustest lähtuvalt tellimuse uue või täiendatud toote loomiseks. Traditsiooniliselt on innovatsiooni poliitika algatused tulnud ettevõtja poolt. Riigid on panustanud innovatsiooni poliitikas ettevõtete toetamise ja koolitamise meetmetesse, mille eesmärk on olnud edendada teadus- ja arendustegevust, teadmiste vahetamist ja innovatsiooni jaoks vajalikku kontaktide võrgustiku. Nõudluspõhise sekkumise eesmärgiks on suurendada nõudlust innovatsiooni järele, parandada innovatsiooniks vajalikke tingimusi ning parandada tellija vajaduste kirjeldamise oskust.

¹¹ H. Knutsson, A. Thomasson. Innovation in the Public Procurement Process: A study of the creation of innovation-friendly public procurement, *Public Management Review*, 16:2, 2013, lk 243-246.

¹² S. Arrowsmith, P. Kunzlik (Eds.), A taxonomy of horizontal policies in public procurement. *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*. Cambridge University Press, 2009, lk 12-15.

¹³ S. Arrowsmith (toim). *Public Procurement Law: An Introduction*. Sine loco, Sine anno, lk 5-7. Arvutivõrgus: <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/publicprocurementregulationintroduction.pdf>

¹⁴ S. Arrowsmith. Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2012. Vol. 14, lk 45.

Innovatsioon klastrid, regulatsioonid (standardid) ja riigihanked ja erasektori nõudluse toetamine on nõudluspõhise innovatsioonipoliitika tööriistad.¹⁵ Innovatsiooni poliitika või muu riigi poolne sekkumine peab olema turule toeks mitte selle asendus. Kui riigipoolsel sekkumisel ei ole lisandväärtust siis investeeritavad avalikud vahendid ei mõjuta innovatsiooni vaid suurendavad lihtsalt ettevõtete kasumit või muid kulusi, mida ei ole innovatsioonipoliitikas ette nähtud.¹⁶

Taani kohalike omavalitsute innovatsioonihangete põhjal läbiviidud uuringus jõuti järeldusele, et innovatsioonihanget ei saa siiski käsitleda üksnes nõudluspõhise poliitikameetmena. Kui keskendutakse liiga kitsalt innovatsiooni nõudluspõhisusele lähenetakse innovatsioonile liiga kitsalt. Innovatsioonihankeid tuleks käsitleda laiemalt kuna osadel juhtudel tuleneb hanke innovaatilisus pakkuja valmidusest pakkuda innovaatilisi lahendusi. Sellisel juhul on hange üksnes hankija vastus turu valmidusele pakkuda innovaatilisi lahendusi.¹⁷

Innovatsioonihankeid võib jagada kolmeks erinevaks tüübiks:

- 1) Otsene hange, mille korral lähtub hankija oma vajadustest ning on hangitava asja või teenuse tarbija;
- 2) Ühishange(kooperatiivne) hange, mis lähtub avaliku ja erasektori ühistest vajadustest. Hangitud lahendust kasutavad hankija ja erasektor mõlemad;
- 3) Katalüütiline riigihange, mis lähtub avaliku sektori välistest vajadustest. Avalik sektor kas algatab hanke või on muul moel selles osaline, kuid teenust või kaupa tarbivad eraisikud.¹⁸

¹⁵ C.Edquist, N.S. Vonortas, J.M. Zabala-Iturriagoitia, J.Edler. Public Procurement for Innovation. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015, lk 1-2.

¹⁶ C.Chaminade, C.Edquist. Rationales for public policy intervention in the innovation process: A systems of innovation approach. 2010. Lk 8 kättesaadav: <https://charlesedquist.files.wordpress.com/2015/04/2010-rationales.pdf>

¹⁷ D. Zelenbabic. Fostering innovation through innovation friendly procurement practices: a case study of Danish local government procurement, Innovation: The European Journal of Social Science Research, vol 28, nr 3, 2015, lk 277.

¹⁸ V. Lember. T.Kalvet. Riigihanked ja innovatsioon Eestis: milleks kulutada 11 miljonit päevas? Riigikogu Toimetised nr 26, 2012, lk 3-4

1.2 Innovatsiooni mõiste

Kuigi mõisteid innovatsioon ja innovatsiooniine riigihange kasutatakse viimastel aastatel palju on võib arusaam nende mõistete sisust olla küllatki erinev. Innovatsioonis nähakse vahendit kuluefektiivsuse saavutamises, keskkonnanahoiu ja vananeva ühiskonnaga seotud probleemide lahendamiseks. Innovatsiooni positiivse kõrval mõjuna tuuakse välja selle edasi kandumist ka konkreetsest innoveerivast sektorist väljapoole. Euroopa Komisjon on innovatsiooni hangete juhendi kavandis rõhutanud, et riigihangetes ei keskenduta enam sellele, mida osta vaid sellele kuidas osta ilma liigseid ettekirjutusi tegemata.¹⁹ Käesoleva töö seisukohast on oluline täpselt määratleda, mida innovatsiooni all mõistetakse.

Sõna innovatsioon tuleb ladinakeelsest sõnast *innovare*, mis tähendab uuendama, millegi juurde uuesti tagasi pöörduma. Innovatsiooniuringute rajaja J.A Schumpeter on öelnud, et innovatsiooni on teadmiste kasutamine uuel viisil. J.A. Schumpeter arvates on enamus innovaatilisi lahendusi kombinatsioonid olemasolevatest teadmistest. Innovaatori põhiliseks väljakutseks ei ole selles kontekstis, millegi uue välja mõtlemine vaid olemasolevate teadmiste uuel viisil kasutamine. Süsteemsed uuendused ei tule uute tehnoloogiate ja protsesside arendamisest või organiseerimisest vaid uuenduslikkus on peamiselt uute teadmiste kombineerimise või organiseerimise protsess.²⁰ J.A Schupeteri innovatsiooni käsitluse kohaselt toimub innovatsioon üksnes ettevõtete tootmistegevuses ning tema käsitlusest jääb välja avaliku sektori tegevus innovatsiooni edendamisel.

Innovatsioonile avaliku sektori teenuste kontekstis on viidatud innovatsioonuringute aluseks olevas Oslo käsiraamatus. Oslo käsiraamatu kohaselt võib innovatsioon avalduda igas sektoris sealhulgas avalikus sektoris avalike teenuste osutamisel (nt haridus- ja meditsiini teenused). Oslo käsiraamatus määratletakse innovatsiooni kui uue või märkimisväärselt parendatud toote, teenuse või protsessi kasutuselevõttu, uut turustamismeetodit või äripraktikat, uut töökohtade organiseerimise viisi või uut välissuhtluses rakendatavat organisatsioonivormi.

¹⁹ Euroopa Komisjon. Guidance on Public Procurement of Innovation (kavand avalikuks konsultatsiooniks). Avaldatud 4.10.2017, lk 3. Kättesaadav: https://ec.europa.eu/growth/content/targeted-consultation-draft-guidance-public-procurement-innovation_en

²⁰ M. Dodgson, D. Gann, N. Phillips. The Oxford Handbook of Innovation Management. Oxford University Press, 2015, lk 29.

Innovatsiooniga seotud tegevused on kõik teaduslikud, tehnoloogilised, organisatsioonilised, finantsilised ja lahenduse kommercialiseerimisega seotud tegevused, mis on suunatud innovatsiooni kasutuselevõtule. Kõiki innovatsiooniga seotud tegevused ei pea olema uued kuid peavad olema vajalikud innovatsiooni kasutusele võtuks. Oslo käsiraamat jagab innovatsiooni tooteinnovatsiooniks, protsessiinnovatsiooniks, turuinnovatsiooniks ja organisatsiooniinnovatsiooniks. Innovatsioonihangetega on rohkem soetud tooteinnovatsiooni ja protsessiinnovatsiooni mõisted. Tooteinnovatsioon tähendab uute teadmiste ja tehnoloogiate kasutuselevõttu uute või märkimisväärselt parendatud kaupade ja teenuste loomisel. Teenuste puhul hõlmab tooteinnovatsioon ka viisi kuidas neid osutatakse (nt efektiivsemalt või kiiremini). Toote puhul hõlmab tooteinnovatsiooni mõiste ka toote kasutusele võttu uuel kasutusviisil teises valdkonnas pärast selle kohandamist. Oluline tooteuudendus hõlmab uute materjalide, komponentide või muude omaduste kasutusele võttu tootes nt internetipangandus, hingavate kangaste kasutamine riietes jms). Protsessiinnovatsiooni mõiste hõlmab uue või oluliselt parendatud tootmis või tarnimisviisi kasutusele võttu. Protsessiinnovatsiooni eesmärgiks võib olla toodete või teenustega seotud kulude vähendamine, toodete kvaliteedi tõstmine või parendatud toote loomine.²¹ Uuenduste praktikas rakendamine eristab innovatsiooni sellele eelnevast teadus ja arendustegevusest.

Innovatsioonihangete uurija C. Edquist on innovatsiooni samuti määratlenud on majandusliku või sotsiaalse tähendusega uuendusena, mille viivad ellu põhiliselt ettevõtted. Innovatsioon on interaktiivne protsess, mis tekitab erinevate mõjurite tulemusena. Innovaatilised võivad olla uued või uuendatud tooted või protsessid. Kui uuendatud tooted võivad olla asjad või teenused siis uued või uuendatud protsessid võivad olla tehnoloogilised või organisatsioonilised edusammud. Selleks, et tegemist oleks innovaatilise toote või protsessiga peab see olema kasutusele võetud. See tähendab, et uued tooted tuleb viia turule ning uued protsessid tuleb organisatsioonis rakendada. Innovatsioon peab minema kommerskaskutusse ning see kehtib ka avaliku sektori poolt loodud innovaatiliste toodete või protsesside kohta.²²

²¹ Oslo Manual: Guidelines for Collecting and Interpreting Innovation Data, 3rd Edition, The Measurement of Scientific and Technological Activities, OECD Publishing, Paris, 2005, lk 17; lk 46-49. Arvutivõrgus: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264013100-en>

²² C. Edquist, N.S. Vonortas, J.M. Zabala-Iturriagoitia, J. Edler. Public Procurement for Innovation. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015, lk 3.

Lisaks on C. Edquist seisukohal, et innovatsioonipoliitika peab olema selektiivne ning avalik sektor peaks sekkuma üksnes siis kui innovatsiooniga seotud probleemid ei ole lahendatavad ettevõtete endi poolt.²³

Riigihanke ja innovatsiooni omavahelist seost mõistetakse teaduskirjanduses peamiselt kahel viisil. Esiteks nähakse innovatsioonihankes uute asjade või teenuste välja arendamise vahendit. Teiseks nähakse innovatsioonihangetes võimalust edendada innovatsiooni ilma, et sellega kaasneks uusi tooteid või teenuseid.²⁴

Alates 2006. aastast on Euroopa Komisjon liikunud samm- sammult innovatsiooni täpsema määratlemise poole riigihangetes. Euroopa Komisjoni poolt 2006. aastal teatisena välja antud innovatsiooni strateegias jäeti innovatsiooni mõiste küllatki avaraks viidates, et edendada tuleb igat liiki innovatsiooni. Innovatsiooni kohta märgiti, et see ei ole vaid tehnoloogiline innovatsioon, vaid ka organisatsiooniline innovatsioon ja teenuste innovatsioon. Innovatsiooni paindliku määratluse põhjuseks oli asjaolu, et komisjon soovis jätta innovatsiooni poliitiliste eesmärkidega seoses õigusaktidesse võimalikult palju mänguruumi. Sellele 2007. aastal järgnenud Euroopa Komisjoni teatises kommertskasutusele eelnevate hangete kohta innovatsiooni mõistet ei täpsustatud. Küll aga seostati teatises kommertskasutusele eelnevaid hankeid uurimis- ja arendustegevusega ning see omakorda innovatsiooniga.²⁵ Kaitse- ja julgeolekuvaldkonna riigihanked on innovatsiooniga tihedalt soetud olnud juba varasemalt ning sellest valdkonnast on jõudnud mitmed lahendused tavakasutusse.²⁶

²³ C. Chaminade, C. Edquist. Rationales for public policy intervention in the innovation process: A systems of innovation approach. In Kuhlman, S., Shapira, P., Smits, R. (Eds.), Innovation policy – theory and practice. An international handbook. London, UK: Edward Elgar Publishers, 2012. Arvutivõrgus: <https://charlesedquist.files.wordpress.com/2015/04/2010-rationales.pdf>

²⁴ V. Lember, R. Kattel, T. Kalvet (toim), Public Procurement, Innovation and Policy International Perspectives. Berlin ; Heidelberg : Springer, 2014, lk 14.

²⁵ Euroopa Komisjoni 13.09.2006 teatis Euroopa Parlamendile, Nõukogule, Euroopa Sotsiaal- ja Majanduskomiteele ning Regioonide Komiteele Teadmiste rakendamine praktikas: ELi laiapõhjaline innovatsioonistrateegia KOM(2006) 502; Euroopa Komisjoni 14.12.2007 teatis KOM(2007) 799 Euroopa Parlamendile, Nõukogule, Euroopa Sotsiaal- ja Majanduskomiteele ning Regioonide Komiteele. Kommertskasutusele eelnevad hanked: Innovatsiooni kiirendamine jätkusuutlike ja kõrge kvaliteediliste avalike teenuste tagamiseks Euroopas.

²⁶ G. Quinot. Innovation, State Contracting and Public Procurement Law. Trade, Law and Development, Vol. 7, Issue 1 (Summer 2015), lk 142.

Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2009/81/EÜ, 13. juuli 2009, millega kooskõlastatakse teatavate kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas ostjate poolt sõlmitavate ehitustööde ning asjade ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise kord ja muudetakse direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ (edaspidi julgeolekuvaldkonna riigihanke direktiiv) oli esimene riigihanke direktiiv, mille põhjenduspunktis 55 toodi teadus- ja arendustegevuse soodustamine selgelt välja jagatuna innovatsiooni soodustavateks etappideks.

Eesti õiguses määratles innovatsiooni teadus- ja arendustegevuse seadus kuid selle määratluse seos riigihangetega oli ebaselge. Teadus- ja arendustegevuse seaduses § 2 punkti 5 kohaselt on innovatsioon – uute ideede ja teadmiste kasutamine uudsete lahenduste rakendamiseks, mis hõlmab toodete ja teenuste väljatöötamist ning uuendamist (tooteinnovatsioon); vastavate turgude hõivamist ja laiendamist (turuinovatsioon); uute tootmis-, tarne- ja müügimeetodite loomist ning juurutamist (protsessiinnovatsioon); uuendusi juhtimises ja töökorralduses (organisatsiooniinnovatsioon) ning töötajate ja personali oskuste arendamist (personaliinnovatsioon). Selge seose puudumise tõttu TAKS ja RHS vahel oli hankijatel keerukas leida sobivat viisi innovatsiooniga seotud lepingu sõlmimiseks riigihankel. Ettevõtlike Arendamise Sihtasutuse 2016. aastal välja antud innovatsioonihangete juhend leevendas teataval määral innovatsioonihangetega seotud ebaselgust riigihanke õiguses.

Riigihangete direktiivide²⁷ 2014/24/EL, 2014/23/EL ja 2014/25/EL vastuvõtmisega 2014. aastal lisandus Euroopa Liidu riigihangete õigusesse innovatsiooni definitsioon. Eesti siseriikliku õigusesse jõudis riigihangetega seotud innovatsiooni mõiste uue riigihangete seaduse jõustumisega 1. septembril 2017.

Riigihangete direktiivi 2014/24/EL (edaspidi riigihangete direktiiv) artikli 2 punkti 22 kohaselt on innovatsioon uue või märkimisväärselt täiustatud toote, teenuse või protsessi, sealhulgas tootmis- või ehitusprotsessi (kuid mitte ainult), uue turustusviisi või uue organisatsioonilise meetodi kasutuselevõtt äritavades, töökorralduses või välissuhetes, muu hulgas eesmärgiga aidata lahendada ühiskondlikke probleeme või toetada aruka, jätkusuutliku ja kaasava majanduskasvu strateegiat „Euroopa 2020”. Eesti riigihangete seadusesse on innovatsiooni mõiste sõna-sõnalt üle võetud.

²⁷ Autor kasutab töös innovatsiooniga seoses eelkõige klassikalise sektori riigihangete direktiivi.

Riigihangete seaduse § 4 punkt 9 kohaselt innovatsioon on uue või märkimisväärselt täiustatud asja, teenuse või protsessi, sealhulgas tootmis- või ehitusprotsessi, uue turustusviisi või uue organisatsioonilise meetodi kasutuselevõtt äritavades, töökorralduses või välissuhetes. Riigihangete direktiivi artikli 2 punkti 22 ja RHS § 4 punkti 9 sõnastus problemaatiline kuna see ei määratle, mida mõeldakse märkimisväärselt täiustatud toote, teenuse või protsessi all. Riigihangete direktiivi põhjenduspunkt 47 aitab artikli 2 punkti 22 sisu täpsustada sätestades, et innovatsioon peab parandama efektiivsust ja kvaliteeti ning selle abil tuleb saavutada hankel parim hinna kvaliteedi suhe ning lisaks sellele tuleb edendada keskkonna alaseid ja sotsiaalseid eesmärke. Eelnevast võib järeldada, et märkimisväärselt täiendatud toode hõlmab ka neid eesmärke. Innovatsiooni tulemusena peab hankija saama sõlmida paremaid hankelepinguid, kvaliteedi ja hankeeseme elutsükli kulude mõttes ning seejuures arvestada sotsiaalseid ja keskkonnalaseid eesmärke. Direktiivi artikli 2 punkti 22 ja põhjenduspunkti 47 osas tekkib küsimus, miks on innovatsiooni definitsioon nii keeruline ja viitab tulevikus vananevale Euroopa 2020 strateegiale.²⁸

Veidi selgust riigihangete direktiivi artikli 2 punkti 22 osas annab Euroopa Komisjoni 27.6.2014 teatis Teadus- ja arendustegevuseks ning innovatsiooniks antava riigiabi raamistik (edaspidi T&A riigiabi raamistik) toodud protsessiinnovatsiooni määratlus. T&A riigiabi raamistiku punkti 1.3 alapunkt 15bb määratleb protsessiinnovatsioon uue või oluliselt täiustatud tootmis- või tarnemetodi (sh olulised muudatused tehnilistes võtetes, seadmetes või tarkvaras) rakendamist, välja arvatud väiksemad muudatused või täiustused, juba kasutusel olevatele tootmis- või logistikasüsteemidele väga sarnaste süsteemide lisamisest tulenev toodangu või teenuste mahu kasv, protsessi kasutamise lõpetamine, lihtne kapitali asendamine või suurendamine, ainult ressursihindade muutustest tingitud muudatused, kohandamine, lokaliseerimine ning regulaarsed hooajalised ja muud tsüklilised muudatused ning uute või oluliselt täiustatud toodetega.

Autori arvates tuleks riigihangete direktiivi artikli 2 punktis 22 mõista T&A riigiabi raamistikuga koosmõjus selliselt, et märkimisväärselt täiendamiseks võib lugeda kõiki kasutuses olevate toodete või teenuste muudatusi, mis ei ole sarnased olemasolevale tootele ja teenusele ning muudavad seda vähemalt 50 protsendi ulatuses.

²⁸ M. Andrecka. Innovation partnership and its predecessors. Public Procurement Policy. Routledge, 2016, lk 189-191.

Riigihangete direktiiv ning sellest tulenevalt ka RHS ei määratle innovatsioonihanke mõistet. Riigihangete direktiivi põhjenduspunktid 45, 47 ja 49 seostavad innovatsiooni eelkõige kommertskasutusele eelneva hankega, konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetlusega ja innovatsioonipartnerlusega. Samas direktiivi põhjenduspunkti 48 viide alternatiivse lahenduste lubamisele riigihangetest lubab arvata, et innovatsiooni saab edendada lisaks innovatsiooni partnerlusele ka teiste riigihanke menetlus liikide abil.

Riigihanke direktiivi põhjenduspunkti 42 kohaselt nähakse teiste võimalike sobivate hankemenetlusliikidena ette konkurentsipõhist läbirääkimistega menetlust ja võistlevat dialoogi, mida liikmesriigid varasemalt innovatsioonihangetel kasutanud. Samas innovaatilise lahenduse riigihange võib olla ka avatud või piiratud hankemenetlusena läbi viidav riigihange, mille tehniline kirjeldus ning hindamiskriteeriumid ei välista innovatiivseid lahendusi.

1.3 Teadus ja arendustegevuse mõiste

Klassikalise sektori riigihangete direktiivi artiklis 14 ja määratletakse, et direktiivi kohaldatakse selliste teadus- ja arendusteenuste riigihankelepingute suhtes, mis on kaetud CPV koodidega 73000000-2 - 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 ja 73430000-5, tingimusel et mõlemad järgmised tingimused on täidetud: a) lepingust tuleneb kasu üksnes avaliku sektori hankijale tema enda tegevuse läbiviimiseks ning b) teenuse eest tasub täielikult avaliku sektori hankija.

RHS § 11 lõike 1 punkti 19 sõnastus on sarnane direktiivile. RHS § 11 kohaselt ei ole hankija käesolevas seaduses sätestatud korda kohustatud rakendama, kui tellitakse CPV-koodidega 73000000-2–73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 ja 73430000-5 kaetud teadus- ja arendusteenust, välja arvatud, kui lepingust tuleneb kasu üksnes hankijale tema enda tegevuseks ja teenuste eest tasub täies ulatuses sama hankija.

Mõned näited CPV koodide tähendustest:

- 73000000-2 uurimis-ja arendusteenused ja seonduvad nõustamisteenused
- 73100000-3 –uurimis- ja eksperimentaal arendustöö teenused

- 73111000-3 – uurimislaborite teenused
- 73300000-5 -uurimis- ja arendustöö planeerimine ning elluviimine
- 73420000-2- teostatavuse eeluuring ja tehnoloogilised demonstratsioonid
- 73430000-5 –testimine ja hindamine

Riigihangete direktiivi ja RHS-s toodud teadus- ja arendusteenuse (edaspidi T&A teenused) loetelu puhul on probleemiks, et tegemist on küllaltki laia sisuga loeteluga. Lisaks ei ole Euroopa Liidu õigusaktides ei ole siiani T&A teenused üheselt määratletud. Seetõttu on oluline määratleda T&A teenuse sisu. Euroopa Liidu dokumentides on viidatud kolmele dokumendile, mis aitavad T&A teenused paremini määratleda. Need dokumendid on

1. OECD poolt 2015. aastal välja antud Frascati käsiraamat;²⁹
2. T&A riigiabi raamistik;
3. Julgeoleku valdkonna riigihangete direktiiv.

Frascati käsiraamatus ja riigihangete direktiivi kasutatakse teadus- ja arendustegevusega seoses erinevas mõisteid. Frascati käsiraamatus räägitakse T&A tegevustest ja direktiivis on T&A teenustest, kuid mõiste sisu on sama. Frascati käsiraamatu punkti 2.5 kohaselt on teadus- ja arendustegevus (sh eksperimentaalarendus) süstemaatiline loominguine tegevus selleks, et suurendada teadmiste sealhulgas inimest, kultuuri ja ühiskonda käsitletavate teadmiste hulka ning kasutada neid teadmisi uute rakendusvaldkondade leidmiseks. Punktis 2.6 märgitakse, et teadus- ja arendustegevusele on iseloomulikud teatud ühised tunnused, mis kehtivad olenemata sellega tegelevatest isikutest. Teadus ja arendustegevusel võivad olla konkreetsed või üldised eesmärgid. Teadus- ja arendustegevuse eesmärgiks on alati uued leiud, mis põhinevad algupärastel ideedel (nende tõlgendustel) või hüpoteesidel. Selle tulemuse ei ole suures osas ette teada (vähemalt ei ole teada tulemuse saavutamiseks vajalik aeg ja ressursside hulk); see on planeeritud ja eelarvestatud (ka üksikisikute puhul) ning sellega soovitakse saada vabalt ülekantavaid või turul kaubeldavaid tulemusi.

Tegevust saab määratleda teadus- ja arendustegevusena juhul, kui see vastab viiele põhitingimusele. Tegevuse viis põhitingimust, mis peavad olema alati täidetud on Frascati käsiraamatu punktide 2.7 ja 2.8 kohaselt :

²⁹Frascati Manual 2015: Guidelines for Collecting and Reporting Data on Research and Experimental Development, The Measurement of Scientific, Technological and Innovation Activities, OECD Publishing, Paris, 2015. Kättesaadav: <http://www.oecd.org/sti/inno/frascati-manual.htm>. Mõistete tõlkimisel on autor kasutanud Sihtasutus Eesti Teadusagentuur kodulehel avaldatud Frascati käsiraamatu 2 peatüki tõlget eesti keelde. Kättesaadav: http://www.etag.ee/wp-content/uploads/2016/11/FrascatiManual2015_2ptk.pdf

- 1) Uudsus;
- 2) Loomingulisus;
- 3) Ettemääramatu tulemus (lõpptulemus ei ole teada);
- 4) Süstemaatilisus (planeeritus ja eelarvestatus);
- 5) Ülekantav või korratav.

Teadus- ja arendustegevuse üldmõiste hõlmab Frascati käsiraamatu jaotise 2.2 punkti 2.9 kohaselt kolme liiki tegevusi: alusuuringud, rakendusuurid ja eksperimentaalarendus. Alusuuringud on eksperimentaalne või teoreetiline töö, mida tehakse peamiselt selleks, et saada uusi teadmisi nähtuste ja vaadeldavate faktide põhialuste kohta ilma otsese praktilise rakenduse eesmärgita. Rakendusuurid on algupärase uurid uute teadmiste saamiseks, kuid need on sunnitud eeskätt kindlale praktilisele eesmärgile. Eksperimentaalarendus on süstemaatiline töö, mis põhineb uurimistegevuse tulemusena saadud teadmistel ja praktilistel kogemustel ning loob uut teadmist eesmärgiga valmistada uusi tooteid, võtta kasutusele uusi protsesse või täiustada olemasolevaid tooteid või protsesse.

Frascati käsiraamatu jaotise 2.4 alapunktid 2.14 -2.16 seavad uudsusele järgmised tingimused:

- 1) T&A projekti eeldatav tulemuseks on uus teadmine, kuid seda tuleb kohandada vastavalt kontekstile. Näiteks ülikoolide teadusprojektidelt eeldatakse täiesti uute teadmiste otsimist ning sama võib öelda uurimisinstituutide kavandatud ja juhitud projektide kohta.
- 2) Ettevõtlussektoris T&A projektide võimalikku uudsust hinnata võrdluses valdkonna olemasolevate teadmistega. Projekti raames korraldatava teadus- ja arendustegevuse tulemuseks peavad olema järeldused, mis on vastava tegevusala jaoks uudsed ning mida ei ole selles majandusharus varem kasutatud. Teadus- ja arendustegevuse alla ei kuulu teadmiste saamise eesmärgil toimuv kopeerimine, jäljendamine ja pöördprojekteerimine, kuna nii saadavad teadmised ei ole uued.
- 3) Varasemat tulemust korrata püüdva projekti korral võib uudsus tekkida juhul, kui selles leitakse võimalikke lahkevusi. Uute toodete või protsesside kavandamisega seotud uute käsitluste ja ideede väljatöötamist toetavate teadmiste saamiseks algatatud eksperimentaal arendusprojekt peaks kuuluma teadus- ja arendustegevuse mõiste alla.

Kuna teadus- ja arendustegevus tähendab formaalset teadmiste loomist, mis hõlmab ka toodetesse ja protsessidesse kätkevad teadmisi, keskendutakse selle statistilisel mõõtmisel uutele teadmistele, mitte teadmiste rakendamise tulemusena loodud uutele või oluliselt täiustatud toodetele või protsessidele. Teadus- ja arendustegevus võib olla näiteks mõne väga

keeruka süsteemi (näiteks reisilennuk) hooldusjuhendi täiendamine korralise hoolduse käigus saadud ja nõuetekohaselt süstematiseeritud praktiliste kogemuste põhjal koostatud lisamaterjaliga tingimisel, et see on toimunud teadus- ja arendusprojekti raames.

Loomingulisust on Frascati käsiraamatu jaotise 2.4 alapunktis 2.17 märgitud, et T&A projekti eesmärk peab olema leida uusi käsitlusi või ideid, mis täiendavad seniseid teadmisi. Seega jäävad teadus- ja arendustegevuse mõiste alt välja kõik korralised toodete või protsesside muudatused. Teadus- ja arendustegevuses esineva loomingulisuse lahutamatuks osaks on inimesepoolne panus. Kuigi korralised tegevused ei kuulu teadus- ja arendustegevuse määratluse alla, kuulub sinna üldiste ülesannete täitmiseks rakendatavate uute meetodite väljatöötamine. Näiteks andmetöötlus ei ole teadus- ja arendustegevus, välja arvatud juhul, kui see toimub uute andmetöötlusmeetodite väljatöötamiseks korraldatud projekti raames. Kutseõpe ei ole teadus- ja arendustegevus, kuid uute õpetamismeetodite loomine võib seda olla. Probleemi lahendamiseks kasutatava uue meetodi väljatöötamine mõne projekti raames võib olla teadus- ja arendustegevus juhul, kui tulemus on algupärane ja ka ülejäänud tingimused on täidetud.

Ettemääramatus seisneb Frascati käsiraamatu jaotise 2.4 alapunkt 2.18 kohaselt T&A projekti puhul selles, et projekti alguses ei ole võimalik täpselt kindlaks määrata saavutatavat lõpptulemust ja soovitud eesmärkide saavutamise kulu (sh ajakulu). Näiteks võib uurimisprojekt ümber lükata mitu konkureerivat hüpoteesi, aga mitte kõiki. Lisaks ebaselgusele raha- või ajakulu osas ei ole üldjuhul täpselt teada, kas eesmärgi on üldse võimalik mingil määral saavutada. Tulemuse selgusetus on põhitingimus, mis võimaldab eristada näiteks teadus- ja arendustegevuse mõiste alla kuuluvat prototüüpide loomist (kui mudelite abil kontrollitakse tehniliste ideede ja tehnoloogiate toimivust ning esineb suur oht, et need ei osutu praktikas rakendatavaks) ning selle alla mittekuuluvat prototüüpide loomist (kui proovimudeleid valmistatakse tootmise ettevalmistamise käigus tehnilise või õigusliku sertifitseerimise eesmärgil).

T&A projekti süstemaatilisus tähendab Frascati käsiraamatu jaotise 2.4 alapunkt 2.19 kohaselt seda, et teadus- ja arendustegevus toimub vastavalt plaanile ning nii protsessid kui ka saadud tulemused dokumenteeritakse.

Selle kontrollimiseks tuleb kindlaks teha teadus- ja arendusprojekti eesmärk ning toimunud teadus- ja arendustegevuse rahastamise allikad. Selliste dokumentide olemasolu korral võib eeldada, et tegemist on teatud kindlal eesmärgil algatatud teadus- ja arendusprojektiga, millel on oma inim- ja finantsressursid.

Saadud tulemusi on võimalik korratavus tähendab Frascati käsiraamatu jaotise 2.4 alapunkt 2.20 kohaselt, et T&A projekti tulemusena peaks tekkima võimalus uute teadmiste siirdamiseks, selleks et need kasutusele võtta ning võimaldada teistel teadlastel tulemusi oma teadus- ja arendustegevuses korrata. See kehtib ka negatiivse tulemusega teadus- ja arendustegevuse kohta, mille korral algne hüpotees ei leia kinnitust või selgub, et toodet ei ole võimalik soovitud moel välja töötada. Kuna teadus- ja arendustegevuse eesmärk on suurendada olemasolevaid teadmisi, ei saa tulemused jääda varjatuks (nt ainult teadlaste pähe), sest sellisel juhul võivad tulemused ja nendega seotud teadmised kaotsi minna. Teadmiste süstematiseerimine ja levitamine kuulub ülikoolide ja uurimisinstituutide tavapärase tegevuse juurde, kuigi lepingulise töö või koostööprojekti kaudu saadud teadmiste suhtes võidakse kehtestada avaldamispiiranguid. Ettevõtluses kaitstakse tulemusi nende salastamise või muude intellektuaalomandi kaitse vahenditega, kuid sellegipoolest eeldatakse, et protsess ja tulemused dokumenteeritakse nii, et teistel sama tegevusala teadlastel oleks võimalik neid kasutada.

Julgeolekuvaldkonna riigihanke direktiivis on teadus ja arendustegevuse määratlus on täpsem riigihangete direktiivis. Teadus- ja arendustegevusele viidatakse julgeoleku riigihanke direktiivi põhjenduspunktides 12 ja 13 ning artikli 1 punktis 27.

Artikli 1 punkti 27 kohaselt on uurimis- ja arendustegevuskogu tegevus, mis hõlmab alusuuringuid, rakendusuuringuid ja eksperimentaalarendust, kusjuures viimane võib hõlmata tehnoloogiliste näidiste valmistamist, st seadmeid, millega demonstreeritakse uue kontseptsiooni või tehnoloogia toimimist asjakohases või representatiivses keskkonnas. Julgeoleku valdkonna T&A teenuste määratlus kasutab Frascati käsiraamatus kasutatavaid mõisteid, alusuuring, rakendusuurin ja arendustegevus.

T&A riigiabi raamistiku punkti 5 kohaselt on teadus- ja arendustegevuseks ning innovatsiooniks abi andmine on eelkõige õigustatud aluslepingu artikli 107 lõike 3 punktide b ja c alusel, mille kohaselt võib komisjon siseturuga kokku sobivaks pidada riigiabi üleeuroopalist huvi pakkuva tähtsa projekti elluviimise edendamiseks või teatava majandustegevuse arengu soodustamiseks, kui niisugune abi ei mõjuta ebasoovitavalt kaubandustingimusi määral, mis oleks vastuolus ühiste huvidega.

T&A riigiabi raamistiku³⁰, kohaselt ei loeta riigiabiks teadus- ja arendusprojektidele antavat abi, teadus- ja arendusprojektidega seotud teostatavusuuringuteks antavat abi ning teadusuuringute taristu rajamiseks või ajakohastamiseks antav abi. T&A riigiabi raamistiku kohaselt on T&A projekti projekt, mis hõlmab ühte või mitmesse teadus- ja arendustegevuse kategooriasse kuuluvat tegevust ning mille eesmärk on täita jagamatu ja konkreetne majanduslik, teaduslik või tehniline ülesanne, millel on eelnevalt selgelt kindlaksmääratud eesmärgid. Teadus- ja arendusprojekt võib koosneda mitmest töopaketest, tegevusest või teenusest ning sellega seoses on kindlaks määratud selged eesmärgid, nende eesmärkide saavutamiseks vajalik tegevus (sh eeldatavad kulud) ning konkreetsed väljundid, mille abil tehakse kindlaks tegevuse tulemused ja võrreldakse neid seatud eesmärkidega.³¹ T&A riigiabi raamistiku punktis 75 viidatakse Frascati käsiraamatus näidetele ja selgitustele ühele alusele, millest komisjon lähtub eri tegevusalade liigitamisel asjakohasesse kategooriasse.

Euroopa Kohus on kohtuasjas C-159/11 *Lecce* asunud seiskohale, et teenuse kuulumist T&A teenused alla tuleb iga kord eraldi hinnata.³² Samale seisukohale, et T&A teenused tuleb kaasuse põhiselt hinnata on T&A teenusete analüüsides jõutud nt Austrias, Rootsis ja Soomes.³³

³⁰ T&A riigiabi raamistiku osa 1.2 raamistikuga hõlmatud abimeetmed punkti 12 alapunktid a, b ja d.

³¹ T&A riigiabi raamistiku osa 1.3 mõisted punkti 15 alapunkt cc.

³² EK 19.12.12, C-159/11, *Lecce*, punktid 28 ja 39.

³³ A. Ots, M.J.Raude. Raidla Ellex Advokaadibüro. Teadys- ja arendustegevuse tellimine. Analüüs.10.10.2016, lk 3. Kättesaadav: https://www.rahandusministeerium.ee/system/files_force/document_files/teadus-ja_arendusteenused_3.pdf?download=1

Teadus – ja arendustegevust reguleerib Eestis teadus- ja arendustegevuse korralduse seadus (edaspidi TAKS). TAKS § 2 punkti 7 kohaselt on teadustegevus isiku loomevabadusel põhinev tegevus, mille eesmärk on teaduslike uuringute abil uute teadmiste saamine inimese, looduse ja ühiskonna ning nende vastastikuse toime kohta. TAKS definitsioonid ja mõisted kattuvad Frascati käsiraamatus ja Euroopa Liidu allikates sisalduvatega.

Arendustegevus on TAKS § 2 punkti 2 kohaselt uuringute ja kogemuste kaudu saadud teadmiste rakendamine uute materjalide, toodete ja seadmete tootmiseks, protsesside, süsteemide ja teenuste juurutamiseks või nende oluliseks täiustamiseks. Alusuuringud on TAKS § 2 punkti 1 kohaselt algupärased teoreetilised või eksperimentaalsed uuringud uute teadmiste saamiseks nähtuste ja sündmuste põhialuste kohta, seadmata eesmärgiks saadud teadmiste kohest rakendamist. Rakendusuuringuks on TAKS § 2 punkti 6 kohaselt algupärased uuringud uute teadmiste saamiseks esmase eesmärgiga rakendada saadud teadmisi kindlas valdkonnas suhteliselt lühikese aja jooksul. Frascati käsiraamatus defineeritud eksperimentaalarenduse mõistet TAKS ei sisalda.

Haridus- ja Teadusministeerium on 2018. aastal välja antud juhendis „Teadus- ja arendustegevuse erandi kohaldamine teenuste tellimisel“ (edaspidi T&A juhend) märkinud, et lähtub hinnangu andmisel, kas teadus- ja arendusteenus kuulub RHS § 11 lõike 1 punktis 19 nimetatud erandi alla OECD poolt välja antud Frascati käsiraamatust.³⁴

T&A juhendis määratletakse eksperimentaalarendust kui süstemaatilist tööd, mis põhineb uurimistegevuse tulemusena saadud teadmistel ja praktilistel kogemustel ning loob uut teadmist eesmärgiga valmistada uusi tooteid, võtta kasutusele uusi protsesse või täiustada olemasolevaid tooteid või protsesse. Eksperimentaalarendus on tootearendusprotsessi etapp, mille jooksul kontrollitakse üldiste teadmiste rakendatavust konkreetsetel kasutusjuhtudel, mis on vajalikud protsessi edukaks lõpule viimiseks. T&A juhendi kohaselt võib T&A teenuste erandid või tootearendusega.

³⁴ Teadus- ja arendustegevuse erandi kohaldamine teenuste tellimisel. Haridus- ja Teadusministeerium, 2018, lk 3. Arvutivõrus: https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/Riigihangete_poliitika/juhised/teadus-jaarendustegevuse_erandi_juhend.pdf

1.3 Teadus ja arendustegevuse erandi rakendamine

RHS § 11 lõige 1 punkti 19 kohaselt võib seda rakendada kui tellitakse teadus- ja arendusteenust, välja arvatud, kui lepingust tuleneb kasu üksnes hankijale tema enda tegevuseks ja teenuste eest tasub täies ulatuses sama hankija. RHS § 11 lõike 1 punkti 19 sõnastus on raskesti mõisteta, kuid samasugune raskesti mõisteta on näiteks ka klassikalise sektori riigihangete direktiivi artikkel 14.

RHS seletuskirja kohaselt võib RHS § 11 lõike 1 punkt 19 erandit rakendada kui tellitavate teadus- ja arendusteenustega või uurimistöö tulemusega on seotud avalik huvi ja kasu. Erandi rakendamisel tuleb seletuskirja kohaselt silmas pidada, et mõlemad tingimused riigihanke korraldamise kohustuse tekkimiseks peavad olema täidetud: teenuseid on vaja hankija enda tegevuseks ja teenuste eest tasub hankija ise.³⁵

RHS § 11 lõike 1 punkti 19 kohaselt on T&A teenuste erandi, rakendamiseks juhul, kui on täidetud selle eeldused, on kolm võimalust:

- 1) sõlmida otseleping T&A teenuste pakkujaga;
- 2) korraldada T&A teenuste tellimiseks konkurss või RHS § 3 põhimõtetest lähtuva hankemenetluse (väikeostumenetlus);
- 3) korraldada kommertskasutusele eelnev hange juhul, kui hankija soovib tellida innovatsiooniga seotud T&A teenust.

Otselepingu sõlmimine pakkujaga on autori hinnangul problemaatiline kuigi RHS § 11 lõike 1 punkti 19 sõnastus seda ei välista. T&A teenuste puhul tähendab otselepingu sõlmimine kohe riigiabi andmise riski.

Teiseks võib T&A teenuste pakkuja välja valimiseks võib hankija korraldada konkursi või RHS § 3 põhimõtetest lähtuva hankemenetluse. Teine variant sobib nende T&A teenuste lepingute puhul, mille eesmärgiks ei ole innovatsiooni edendamine vaid T&A, millest saava lisaks hankijale kasu ka teised. Autori hinnangu selle variandi puhul on kõige lihtsam korraldada hankemenetlus, kus pakkujate valikul lähtutakse RHS § 3 sätestatud üldpõhimõtetest.

³⁵ Riigihangete seaduse eelnõu seletuskiri (2004 SE), lk 31. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ecbd5b61-734c-41b1-bff5-a54f285bce53/Riigihangete%20seadus>.

T&A teenuste lepingu sõlmimise soovist tuleks teavitada vähemalt hankija kodulehel ning edastada info lepingu sõlmimise soovist potentsiaalsetele pakkujatele. Konkursi korraldamisel tuleks lisaks võlaõiguseaduse konkursi regulatsioonile lähtuda RHS § 3 üldpõhimõtetet selleks, et oleks tagatud läbipaistev ja õiglane T&A teenuse pakkuja valik. Kuna riigihangete üldpõhimõtted on kujunenud Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Liidu Toimimise Lepingu alusel tagavad nad lepingu sõlmimise kooskõlas selle sätetega.

Kolmanda teenuste tellimise variandi kommetskasutusele eelneva hankega seonduvat analüüsib autor järgmises peatükis.

2. KOMMERTSKASUTUSELE EELNEV HANGE

2.1 Kommertskasutusele eelneva hanke taust

Kommertskasutusele eelnevad hankeid kirjeldati 2007. aastal Euroopa Liidu tasandil komisjoni teatistes „Kommertskasutusele eelnevad hanked: innovatsiooni kiirendamine jätkusuutlike ja kõrgekvaliteediliste avalike teenuste tagamiseks Euroopas“ (edaspidi KE teatis). KE teatistes märgitakse, et selle eesmärk on juhtida liikmesriikide tähelepanu olemasolevale, kuid vähe rakendatud kommertskasutusele eelnevate hangete potentsiaalile. KE teatistes märgitakse, et ettevõtted kasutavad uurimis- ja arendustegevuse alaseid hankeid enamasti esimese turuletulija eelise saamiseks. Seda võiks laialdasemalt kasutada Euroopa avalikus sektoris, et suurendada tõhusust ja parandada teenuste kvaliteeti. Selleks on üldjuhul vaja, et avalik sektor koostaks strateegiaid hangete jaoks, mis ei piirdu üksnes turul kättesaadavate toodete ja teenuste ostmisega, vaid mis hõlmavad ka uurimis- ja arendustegevuse alaseid hankeid turul kättesaadavatest paremate, uute lahenduste leidmiseks.³⁶

Euroopa Parlamendi raportis kommertskasutusele eelnevate hangete kohta määratletakse kommertskasutusele eelnevat hanget osana ELi laiemast innovatsioonistrateegiast ning selles nähakse ühte vahendit innovatsioonipotentsiaali suurendamisel ning avalike teenuste parandamisel Euroopa kodanike jaoks. Euroopa Parlamendi resolutsioonis raportile märgitakse, et liikmesriikide uurimis- ja arendustegevusega seotud hankepoliitika ei tohiks olla üleni normatiivne ning kommertskasutusele eelnevat hanget võiks praktikas korraldada ühenduse eeskirju järgides konkreetsest projektist ja vajadustest lähtuvalt. Euroopa Parlamendi raportis seletuskirjas märgib raportöör, et kommertskasutusele eelnevad hanked pakuvad suuri võimalusi väikestele- ja keskmise suurusega ettevõtetele, seda nii avalike hangete sektoris kui ka nende üldises arengus ja kogemuste hankimisel. Kommertskasutusele eelnev hange on väikestele ja keskmise suurusega ettevõtetele automaatselt kättesaadavam kui tavapärased suured kommertshankelepingud.³⁷

³⁶ Euroopa Komisjoni 14.12.2007 teatis Euroopa Parlamendile, Nõukogule, Euroopa Sotsiaal- ja Majanduskomiteele ning Regioonide Komiteele - Kommertskasutusele eelnevad hanked: innovatsiooni kiirendamine jätkusuutlike ja kõrgekvaliteediliste avalike teenuste tagamiseks Euroopas SEK 2007,1668.

³⁷ Euroopa Parlamendi 27. jaanuar 2009 raport „Kommertskasutusele eelnevad hanked: innovatsiooni kiirendamine jätkusuutlike ja kõrgekvaliteediliste avalike teenuste tagamiseks Euroopas“,2008/2139.

Kommertskasutusele eelnevate hangete regulatsiooni loomisega soovis komisjon edendada Euroopa Liidu innovatsioonipotentsiaali. Innovaatiliste lahenduste kasutamine aitab lahendada erinevaid sotsiaalseid väljakutseid (nt tervishoiuteenuste tagamine, kliimamuutustega võitlemine, energiatõhususe parandamine jms). Kommertskasutusele eelnevate hangete regulatsiooni loomisel võttis komisjon eeskuju Ameerika Ühendriikides edukalt rakendatud SBIR programmist³⁸, mille tulemusena on edukalt turule toodud mitmeid innovaatilisi lahendusi (nt Interneti-protokolli tehnoloogia jt).

Riigihangete direktiivis viidatakse kommertskasutusele eelnevale hanketele, kuigi see ei kuulu direktiivi reguleerimisalasse. Riigihangete direktiivi põhjenduspunkti 35 kohaselt tuleb kommertskasutusele eelnevat hanget kasutada teadusuuringute ja arendustegevuse programmide kaasrahastamist tööstuse poolt. Riigihangete direktiivi ei kohaldata seetõttu hangetel, mida kaasrahastamist avaliku sektori hankija ja ettevõtja poolt ning teadusuuringute ja arendustegevuse tulemus jagatakse avaliku sektori hankija ja ettevõtja vahel.

Riigihangete direktiivi põhjenduspunktis 47 viidatakse lisaks sellele, et innovatsioon on riigihangete strateegia oluline osa ka Euroopa komisjoni 2007. aasta KE hankeid käsitlevale teatisele ning rõhutatakse, et selles on visandatud mitmeid hankemudeleid, milles käsitletakse käesoleva direktiivi kohaldamisalast välja jäävate teadusuuringute ja arendustegevusega seotud teenuste riigihanget. Riigihangete direktiivi põhjenduspunktis 124 väljendatakse sarnaselt raportiga soov arendada väikese ja keskmise suurusega ettevõtete potentsiaali töökohtade loomise, majanduskasvu ja innovatsiooni seisukohast.

Kommertskasutusele eelneva hanke kasutamine ei ole liikmesriigile innovatsiooni hangete puhul rakendamiseks kohustuslik. Komisjoni teatise eesmärgiks on selgitada olemasolevat õiguslikku raamistikku.

Põhjus, miks komisjon ei ole algatanud KE hangete osas õigusloomeprotsessi või määratlenud T&A teenustele peale kulutatavat miinimumeelarvet seisneb selles, et Euroopa Liidul puudub pädevus harmoniseerida liikmesriikide õigusakte innovatsiooni valdkonnas.³⁹

³⁸ Ameerika Ühendriikides alates 1982. aastast rakendatav The Small Business Innovation Research (SBIR). Programmi abil ergutatakse väikeettevõtteid arendama tooteid ja teenuseid eesmärgiga edendada kogu riigi konkurentsivõimet maailmaturgudel. Arvutivõrgus: <https://www.dhs.gov/science-and-technology/sbir>.

³⁹ A.R. Apostol. Pre-commercial procurement: regulatory effectiveness? Doktoritöö. Leideni Ülikool, 2014., lk 24. Arvutivõrgus: <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/29305>

2.2 Kommertskasutusele eelneva hanke ese

Kommertskasutusele eelnev hange on vastavalt komisjoni KE teatisele, teadus- ja arendusteenuste hange, mis hõlmab turutingimustele vastava riski ja kasumi jagamist ning konkurentsivõimelist arengut etappides, kus teadus- ja arendusteenuste hanke etapp on selgelt eraldatud lõpptoote kaubanduslikust. T&A riigiabi raamistikus on kommertskasutusele eelneva hanke mõistet täpsustatud ning lisatud teadus- ja arendustegevuse hanke juurde sõnapaar avalik hange.⁴⁰ Kommertskasutusele eelnev hange keskendub ainult turustamisele eelnevale uurimis- ja arendustegevuse faasile ning selle tulemusena väljatöötatud lahenduse turule toomiseks tuleb korraldada riigihange. Kommertskasutusele eelneva hanke regulatsioon lähtub eeldusest, et väikestel ja suurtel ettevõtetel on innovaatiliste lahenduste turule toomisel ühesugused takistused.⁴¹

Kommertskasutusele eelnevast hankest tulenevad kasu saab kasutada hankija üksnes enda jaoks, tingimusel et ta tasub teenuse eest. KE teatise alusel võib välja tuua kolm kommertskasutusele eelneva hanke eritunnust. Esiteks kommertskasutusele eelneva hanke kohaldamisalasse kuuluvad üksnes uurimis- ja arendustegevuse alased teenused, mis võivad hõlmata lahenduste otsimist, prototüübi loomist või piiratud koguses katseseeria tootmist. Teiseks hankija jagab kommertskasutusele eelneva hanke riske ja kasusid, mis on vajalikud turul olemasolevatest paremate uute ning innovatiivsete lahenduste väljatöötamiseks. Kolmandaks kommertskasutusele eelnevad hanked tuleb riigiabi välistamiseks korraldada võistluslikul alusel.

See tähendab, et kommertskasutusele eelneva hankega seotud riskid ja kasude jagatakse ning kogu hankeprotsessi korraldatakse viisil, mis tagab maksimaalse konkurentsi, läbipaistvuse, avatuse, õigluse ja hinnakujunduse vastavalt turutingimustele. Kommertskasutusele eelneva hanke läbiviimise tulemusena ei tohi olla takistatud konkurents turustamisfaasis, mis hankija jaoks tähendab eelkõige konkurentsi riigihankel.

⁴⁰ T&A riigiabi raamistik punkt 12 alapunkt aa. „...teadus- ja arendusteenuste avalik hange, mille puhul avaliku sektori või võrgustiku sektori hankija ei piira kõiki lepingu tulemusi ja hüvesid tema oma tegevuses kasutamiseks, vaid jagab neid turutingimustel teenuste osutajatega...“.

⁴¹ A.R. Apostol., lk 169.

2.3 Kommertskasutusele eelneva hanke menetlusetapid

Kui hankijal on vaja lahendada konkreetne probleem, kuid ei ole teada, milline on selleks parim viis võib hankija alustada pakkujatega esialgset avatud dialoogi selleks, et saada parem ettekujutus olemasolevatest valikuvõimlustest. Avatud dialoog aitab hankijal välja selgitada kui palju erinevad turul pakutavad lahendused tema vajadustest. Ühtlasi aitab dialoog saada ülevaate käimasolevatest T&A tegevustest ning toodete tehnoloogilisest küpsusest. Avatud dialoogi põhjal saab hankija hinnata, kas tal on õigus korraldada kommertskasutusele eelnev hange või tuleb tal korraldada innovatilise lahenduse tellimiseks riigihange.

Komisjon soovib KE teatistes kommertskasutusele eelneva hanke läbi viia kolmest faasist koosseva menetlusena. Komisjoni KE teatisele lisatud töödokumendis kommertskasutusele eelnevate hangete kohta (edaspidi KE töödokument) kirjeldatakse soovitavaid faase täpsemalt. Kommertskasutusele eelneval hankel sõlmitakse T&A teenuste jaoks raamleping, mille alusel sõlmitakse iga faasi rakendamiseks konkreetne leping, mis vastab selle arendustegevuse etapile. Tegevuse jagamine erinevateks etappideks (faasideks) vähendab veel tõendamata tehnoloogia kasutamise riski. Etapid peaksid hõlmama lahenduse otsimist, prototüübi loomist ja esimeste toodete või teenuste esialgset väljatöötamist katseseeria kujul.

Etapid jagunevad järgmiselt:

Esimese etapi (lahenduse otsimine) eesmärk on kontrollida iga äriühingu esitatud ettepaneku tehnilist, majanduslikku ja organisatsioonilist teostatavust võrreldes võimalike alternatiivsete lahenduste eeliste ja puudustega. Selle faasi väljund on tavaliselt tehnoloogia hindamine, lahenduse esimene kavand, organisatsiooni plaan teise faasi jaoks ning kavandatava lahenduse kulude ja tulude hinnang.

Teise etapi (prototüübi loomine) eesmärk on kontrollida, mil määral vastavad prototüübi põhiomadused nõuetele, mis hankija on kehtestanud soovitava lahenduse toimimise või tõhususe osas. Selle faasi peamised väljundid on tavaliselt prototüübi kirjeldus ja tutvustus, kava piiratud kohuses esimeste toodete väljaarendamiseks ja katsetamiseks ning kulude ja tulude ajakohastatud hinnang;

Kolmanda etapi (kohapealsete katsete abil valideeritud toodete esimese partii esialgne väljatöötamine) eesmärk on kontrollida ja võrrelda erinevate lahenduste tõhusust

(koostalitusvõime, laiendatavus jne) sihtotstarbeliste avalike teenuste kasutamise tegelikes tingimustes. Selle faasi peamised väljundid on tavaliselt katsetoote kirjeldus, kohapealsed katsed ning tulude ja kulude ajakohastatud hinnang.⁴²

Erinevate etappide hindamisel võib KE töödokumendi kohaselt kasutada lahenduse hindamiseks järgmisi kriteeriume: võime lahendada pakkumuses esitatud probleem; ettepaneku tehnoloogiline kvaliteet ja innovaatus, ettepaneku lisandväärtus ühiskonnale või majandusele. Ettepaneku lisandväärtus ühiskonnale või majandusele puhul võib lisaks kulule arvesse võtta ettepaneku lisandväärtust seoses avalike teenuste tõhustamisega ja sellega kogu ühiskonnale ning majandusele kaasnevat kasu. Kriteeriume tuleb täpsustada selliselt, et neid oleks lihtne mõista, kvantitatiivselt väljendada ja kontrollida.

Hankija ei pea kommertskasutusele eelneval hankel kinni pidama kolmest etapilisest jaotusest vaid võib etappide arvu määrata sõltuvalt projekti keerukusest sealhulgas võivad etappidel olla alametapid. Kommertskasutusele eelneva hanke menetlus võib alata kohe ka prototüübi loomise või esimeste toodete katseseeria väljaarendamisega kui vastav tehnoloogia seda võimaldab.

Tegevuse jagamine erinevateks faasideks vähendab veel tõendamata tehnoloogia kasutamise riski. Lisaks on kommertskasutusele eelneva hange etappideks jagamise põhjuseks on soov tagada, et mitu konkureerivat äriühingut leiaksid alternatiivseid lahendusi. Vahehindamised pärast lahenduse kavandi ja prototüübi loomise faasi võimaldavad järk- järgult välja valida pakkujad, kellel on paremad konkureerivad lahendused. Kommertskasutusele eelneva hanke lõppfaasi peab järele jääma vähemalt kaks pakkujat, et tagada konkurentsivõimeline turg tulevikus ja võimalus saada riigihanke pakkumusi mitmelt pakkujalt.

KE teatistes märgitakse, et konkureeriv väljatöötamine võib lühikese ajaga nõuda suuremaid investeeringuid, võrreldes piiratud uurimis- ja arendustegevuse alase katselahenduse hankega ühelt tarnijalt.

⁴² Kommertskasutusele eelnevad hanked. Komisjoni talituse töödokument {SEK(2007) 1668} lisa 14.12.2007 EK teatisele, lk 5.

Pika ajavahemiku jooksul on arendusprotsessi kvaliteedi ja hinna suhe parem ning eduvõimalus suurem kuna konkurentsi käigus lahenduse välja töötanud ettevõtte on rohkem valmis siirduma välisturgudele. Selleks, et teadus- ja arendustegevuse lõppfaasis oleks vähemalt kaks pakkujat soovitataks KE töödokumendis esimeses faasis osalevate pakkujate arv määrata kindlaks lähtuvad teadus ja arendustegevuse edukuse määrast rakendusvaldkonnas.

Kommertskasutusele eelnevasse hankesse investeerimist tuleb komisjoni töödokumendi kohaselt analüüsida järgmise küsimuse abil: Kui suure osa hinnangulisest majanduslikust väärtusest, mida innovatsiooni abi luuakse hankijale tänu kulude kokkuhoiule või avaliku teenuse kvaliteedi parandamisele saab hankija kulutada kõnealuse innovatsiooni väljaarendamiseks vajalike lahenduste loomisele, võttes arvesse konkreetse projekti teadus- ja arendustegevusega seotud riske ning uurimis- ja arendustegevuseks kuluvat aega?

Pakkuja seisukohast on kommertskasutusele eelnev hange selliselt nagu komisjon seda soovitab läbi viia keeruline ja riskantne. Kommertskasutusele eelneva kasutamine innovaatilise lahenduse väljatöötamiseks ning riigihankemenetluse kasutamine innovaatilise lahenduse turule toomiseks ei anna pakkujale, mingit kindlust, et tema osutub edukaks pakkujaks. Innovaatilise lahenduse väljatöötamise pealt on võimalik tulu teenida üksnes selle kasutuselevõtul hankija poolt. Mitmest etapist koosnevas menetluses võib hankija lisaks riisuda väljapakutud lahendite pealt koore, kuna tal on võimalus valida enda jaoks sobivam väljapakutud lahendustest. Võttes erinevatest pakkumustest parima saab hankija selle lisada hanke tehnilisse kirjeldusse ning idee välja pakkunud pakkuja asemel võib hankel osutada edukaks mõni teine pakkuja.⁴³

KE teatise ja sellele lisatud töödokumendi eesmärgiks on võimalike menetlusreeglite välja pakkumine kommertskasutusele eelneva hanke läbiviimiseks. Liikmesriigid võivad luua endale sobiva kommertskasutusele eelneva hanke menetluskeemi. Euroopa Liidu õigus ei kohusta liikmesriike järgima kommertskasutusele eelneval hankel ühtegi konkreetset protseduuri.

⁴³ M. Andrecka, lk 193-194; lk 201.

2.4 Euroopa Liidu lepingu põhimõtete rakendamine

Teadus ja arendustegevusele viitavad ELTL artiklid 179 ja 199. ELTL artikli 179 lõike 2 kohasel toetab liit teadlaste võimalust teha vaba piiriülest koostööd ühtsete standardite määratlemise, majanduslike takistuste kõrvaldamise ja liikmesriikide riigihangete avamisega kõigile liikmesriikide pakkujatele. ELTL artikli 199 lõike 4 kohaselt tuleb liikmesriikidel avada hanked võrdsetel tingimustel kõigile füüsilistele ja juriidilistele isikutele, kes on liikmesriigi kodanikud või asuvad liikmesriigis. Kommertskasutusele eelnevale hankele ei kohaldu küll riigihangete direktiividest tulenevad nõuded kuid rakenduvad artiklitest 179 ja 199 ning kaupade ja teenuste vaba liikumist puudutavatest ELTL artiklitest 28 ja 49 tulenevad põhimõtted.

Kommertskasutusele eelnevatele hangetele kohalduvad järgmised ELTList tuletatud põhimõtted:

1. Läbipaistvus;
2. Võrdne kohtlemine ja mittediskrimineerimine

Lisaks kohaldub kommertskasutusele eelnevale hankele EL konkurentsioigus ja riigiabi regulatsioon ning kõik asjakohased siseriiklikud õigusaktid.⁴⁴

Riigihankeid puudutav regulatsioon on aja jooksul arenenud erinevate ELTL sätete tõlgendamise kaudu Euroopa Kohtu poolt. Euroopa Kohus on erinevates lahendites jõudnud korduvalt seisukohale, et kui hange jääb osaliselt või täielikult riigihanke direktiivide reguleerimisalast kuid sellega on seotud piiriülene huvi kuulub leping ELTL mõjusfääri.⁴⁵ Kommertskasutusele eelnevad hanked kuuluvad ELTL mõjusfääri sest nendega seotud riigiabi erandi eesmärgiks on edendada Euroopa Liidu teadus ja arendustegevust. Seega on asjakohane lähtuda Euroopa Kohtu praktikast kommertskasutusele eelnevale hankele kehtivate ELTList tulenevate põhimõtete sisustamisel ning analüüsimisel.

⁴⁴ European Assistance For Innovation Procurement European (edaspidi EAFIP) innovatsioonihangete läbiviimise juhendmaterjal, Modul 3, lk 5. Arvutivõrgus: <http://eafip.eu/toolkit/>.

⁴⁵ EK 07.12.2000, C-324/98, *Telaustria*, punkt 60; EK 21.06.2005, C-231/03 *Coname*, punkt 16, EK 13.11.2007, C-507/03, *komisjon vs Iirimaa*, punkt 26.

2.4.1 Läbipaistvuse põhimõte

Euroopa Kohtu praktikas on läbipaistvuse põhimõte olnud tihedalt seotud võrdse kohtlemise põhimõttega. Läbipaistvus tagab pakkujate võrdse kohtlemise ning loob eeldused ettevõtjate vaheliseks terveks ja tegelikuks konkurentsiks. Läbipaistvuse tagamine annab võimaluse kontrollida võrdse kohtlemise põhimõtte järgimist. Euroopa Kohus on korduvalt rõhutanud, et läbipaistvuse põhimõtte eesmärk on tagada ennekõike see, et hankija ei eelistaks soosikuid või tegutseks omavoliliselt. Kõik hankemenetluse tingimused ja eeskirjad peavad olema hanketeates või tehnilises kirjelduses sõnastatud selgelt, täpselt ja ühemõtteliselt. Kogu asjakohane tehniline teave peab hanketeate või tehnilise kirjelduse mõistmise huvides olema nii varakult kui võimalik kõigile hankelepingu sõlmimise menetluses osalevatele ettevõtjatele kättesaadavaks tehtud.⁴⁶

Läbipaistvuse põhimõtte rakendamise eesmärgiks kommertskasutusele eelnevas hankes on võimalike pakkujate sh välismaiste pakkujate teavitamine kommertskasutusele eelnevast hankest. Läbipaistvuse põhimõtte rakendamise üheks osaks kommertskasutusele eelneval hankel on hankete eelnev turu-uuring, millega kaasneb avatud dialoog huvitatud turuosalistega. Euroopa Kohus on kohtuasjas C-324/98 *Telaustria*⁴⁷ märkinud, et ELTList tuleneb kohustus teavitada sõlmitavast lepingust viisil, mis võimaldab potentsiaalsetel pakkujatel hankest teada saada. Avalikustamine annab kõikide liikmesriikide ettevõtjatele võimaluse saada õigeaegselt ja kõikehõlmavalt informatsiooni plaanitavate hangete kohta. Mida laialdasemalt infot jagatakse, seda tõenäolisem on, et hankest võtavad osa ettevõtted, kelle pakkumuste hulgast saab hankija valida välja parima pakkumuse.⁴⁸

Avatud dialoogi abil saab hankija:

1. kontrollida, milline on ettevõtjate valmidus turul osaleda ja kes võiksid olla potentsiaalsed pakkujad ning ühtlasi informeerida ettevõtteid plaanitavast hankest;

⁴⁶ EK 12.03. 2008, T-345/03, *Dynamiki* punktid 142-145; EK 12.12. 2002, C-470/99: *Universale-Bau* jt punkt 91 ja 93; EK 18.10. 2001, C-19/00, *SIAC Construction* punkt 34; EK 29.04.2004, C-496/99 *Succhi di Frutta*, punktid 109–111.

⁴⁷ EK 07.12.2000, C-324/98, *Telaustria*, punkt 61-62.

⁴⁸ T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsi tagamise põhimõte. *Juridica* 2007/8, lk 566.

2. hinnata innovatsiooni potentsiaali ja vajadust, kuna avatud dialoogi käigus saab hankija teada milliseid lahendusi turul pakutakse ning kas tal on alust kasutada kommertskasutusele eelnevat hanget;
3. kontrollida hanke tehnilise kirjelduse ja hindamiskriteeriumid annaksid soovitud tulemuse ning kas hinnang ajakavale, kulude ja muudele asjaoludele on realistlik;
4. hinnata T&A teenuse tellimise vajadust ning innovatiivse lahendusega seotud võimalikke intellektuaalomandi õigusi;
5. hinnata, kas pakkujad on valimis pakkuma hankijale sobivatel lepingutingimustel innovatiivseid lahendusi (nt kas turg on valmis pakkuma lahendusi hankija poolt soovitud intellektuaalomandi tingimustel);
6. hinnata, kas hange tuleks väikeste ja keskmise suurusega ettevõtete osalemise soodustamiseks jagada osadeks või mitte.⁴⁹

Kommertskasutusele eelnevale hangetega seoses hankijale seatud reeglite praktilise näitena võib tuua Horizon 2020 projekti ning selles hangete läbiviimisele seatavad nõuded. Horizon 2020 nõuetes toetatavatele innovatsioonihangetele⁵⁰ kohustatakse sellest rahastatavate hangete puhul hankijaid korraldama avatud dialoogi potentsiaalsete pakkujate ja lõppkasutajatega selleks, et selgitada välja turu võimekus T&A teenuste osas. Avatud dialoogi tulemusi peab hankija kasutama kommertskasutusele eelneva hanke vajaduste kirjelduse täpsustamiseks. Avatud dialoogi kasutamiseks peab varakult avaldama eelteate (PIN) Euroopa Liidu Teatajas vähemalt inglise keeles selleks, et kõikidel potentsiaalsetel pakkujatel sõltumata liikmesriigist või asukohast oleks võimalik hankest osa võtta. Kõik kommertskasutusele eelneva hankega seotud küsimused ja vastused tuleb samuti avaldada kirjalikult, kuid nende osas on hankijale jäetud valikuvabadus, kus neid avaldada (nt projekti kodulehel). Autor tutvus erinevate Euroopa Komisjoni kodulehel viidatud kommertskasutusele eelnevate hangete kodulehtedega THALEA, FABULOS, HNSciCloud, SELECTforcities ning neis kõigis oli üleval projektiga soetud info põhiline info seal hulgas projekti faas ja erinevate faaside edukad pakkujad.

⁴⁹ EAFIP. Modul 2, lk 65-66.

⁵⁰ Euroopa Komisjoni 27.10.2017 otsus C(2017)7124. Horizon 2020 Work Programme 2018-2020, lk 19-21. Arvutivõrgus: https://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/other/wp/2018-2020/annexes/h2020-wp1820-annex-ga_en.pdf

Horizon 2020 rahastatava kommertskasutusele eelneva hanke hanketeade tuleb samuti koostada vähemalt inglise keeles ja avaldada Euroopa Liidu üleselt Euroopa Liidu Teatajas lisaks olevas TEDis (*Tenders Electronic Daily*).

Kõiki pakkumusi tuleb Horizon2020 programmi töödokumendi kohaselt hinnata samade objektiivsete kriteeriumite alusel sõltumata pakkuja asukohamaast, ettevõtte suuruselt või omandivormist. Kommertskasutusele eelneva hanke eelteadet ja hanketeadet (PIN) tuleb laialdaselt reklaamida kasutades selleks muuhulgas ka Horizon 2020 kodulehte ja siseriiklike kontaktpunkte. Komisoni peab eelteatest teavitama vähemalt viis päeva enne eelteate avaldamist ning kolmkümmend päeva enne hanketeate avaldamist. Kommertskasutusele eelneval hankel peab pakkumuste esitamiseks jätma pakkujatele aega vähemalt 60 päeva.

Kommertskasutusele eelneva hanketeates peab olema järgnev info:

1. valitavate pakkujate miinimumarv (vähemalt kolm);
2. kommertskasutusele eelneva hanke etappide arv;
3. iga kommertskasutusele eelneva hanke etapi kestus ja eelarve.

Kommertskasutusele eelneva hankedokument peab sisaldama kõik kommertskasutusele eelneva hankega seotud tegevusi sh lahenduse disain, prototüüp jms.

2.4.2 Võrdse kohtlemise ja mittediskrimineerimise põhimõte

Euroopa Kohtu riigihangete alases praktikas kasutatakse sageli võrdse kohtlemise põhimõtte mõistet pakkuja kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelu tähenduses. Seetõttu ei tehta sageli vahet võrdse kohtlemise põhimõttel ja kodakondsuse alusel diskrimineerimisel ehk mittediskrimineerimise põhimõttel vahet. Mõistete eristamist ei ole teatud juhtudel peetud vajalikuks ka seetõttu, et võrdne kohtlemine hõlmab diskrimineerimise keeldu. Põhimõtete erinevus seisneb tunnustes, milles ebavõrdne kohtlemine avaldub. Mittediskrimineerimise põhimõtte puhul on selleks rahvuslikud või pakkuja asukoha riigiga seotud tunnused, võrdse kohtlemise puhul võivad selleks olla ka muud tunnused.

Võrdse kohtlemise põhimõte läheb kodakondsuse alusel diskrimineerimise keelust kaugemale ning see võimaldab hõlmata kõiki ebavõrse kohtlemise aspekte.⁵¹ Kuna võrdse kohtlemise põhimõte hõlmab ka mittediskrimineerimise põhimõtet käsitleb autor neid koos.

Tõelise konkurentsi tekkeks tuleb hankemenetluses kohelda pakkujaid võrdselt ja mittediskrimineerivalt. Võrdsel kohtlemisel võib olla kaks erinevat rolli. Esiteks võrdne kohtlemine tagab parima hinna kvaliteedi suhte kaupade ja teenuste tellimisel ning ennetab korruptsiooni. Ettevõtete võrdsed võimalused pakkumuse tegemisel tagavad konkurentsi ja parima hinnaga pakkumuse. Teiseks pakkujate võrdne kohtlemine riigihankemenetluses iseseiseva eesmärgina tagab maksumaksjate raha mõistliku kasutamist. Võrdne kohtlemine riigihangetel ei tähenda, et kõiki pakkujaid koheldakse asjaolusid arvestamata ühtemoodi. Euroopa Kohus on liidetud kohtuasjades C-21/03 ja C-34/03 *Fabricom* märkinud, et võrreldavaid olukordi ei tohi kohelda erineval viisil ning erinevaid olukordi ei tohi kohelda võrdväärsetena välja arvatud juhul kui see on objektiivselt põhjendatud.⁵² Kohtuasjades C-243/89 *Storebelt* ja kohtuasjas C-87/94 *Komisjon vs Belgia* on Euroopa Kohus märkinud, et võrdse kohtlemise põhimõttega ei ole kooskõlas kohalikud, teatud piirkonda soosivad või diskrimineerivad nõuded ning hanke läbipaistev läbiviimine aitab seda tagada.⁵³

KE töödokumendi kohaselt tuleb selleks, vähendada hankija finantsriske ja tagada kõigile võimalikele pakkujatele võrdsed võimalused teha lepingutingimused teatavaks juba hanketeates. Lepingus tuleb selgelt kirjeldada poolte õigused ja kohustused sealhulgas intellektuaalomandi õigustega seonduv. Samuti on soovitatav kajastada hanketeates projekti hinnavahe, et saada parimad pakkumused turuhinnaga. Kui pakkujad peavad esitama kindlaksmääratud hinnaga pakkumuse, tähendab see, et pakkujad peavad oma vahenditest katma kavanditega seotud ettenägematud lisakulud, mis võivad tekkida. Seega jagavad hankija ja pakkuja riske kulude osas. Hankija katab planeeritud kulud ning pakkuja ettenägematud arenduskulud.

⁵¹ T. Ojasalu. Euroopa Ühenduse asutamislepingu põhivabadused ja neist tulenevad põhimõtted Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses. Tallinn, 2006, lk 49-50. Arvutivõrgus:

http://dSPACE.ut.ee/bitstream/handle/10062/57795/mag_ojasalu_%202006.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁵² S. Arrowsmith. Public Procurement Law : An Introduction, lk 12-13

⁵³ C. Bovis. Regulatory Trends in Public Procurement at the EU Level European Procurement & Public Private Partnership Law Review Volume 7, Issue 4, 2012, lk 225. Artiklis viidatud kohtulahendid EK 22.06.1993, C-243/89, *Storebelt* punktid 37-39 ja EK 25.04.1996 C-87/94, *komisjon vs Belgia*, punktid 51-56.

Horizon 2020 projekti alusel läbiviidavatele hangetel peavad hankijad Horizon 2020 töödokumendi kohaselt hindama pakkujatele seatavate nõuete proportsionaalsust hankeesemega ning vältima ebaproportsionaalseid kvalifikatsiooni ja majandusliku võimekuse nõudeid. Samas on hankijal kohustus nõuda, et T&A teenuse pakkuja tegutseks suuremas osas T&A teenuse osutamisel Euroopa Liidu liikmesriigis (sh peavad projekti kaasatud teadlased tegutsema liikmesriigis või muus Maailma Kaubandusorganisatsiooni riigihanke lepinguga ühinenud riigis (edaspidi GPA).

Horizon 2020 programmist rahastatava hanke tehniline kirjeldus peab olema funktsionaalne ning selles ei tohi viidata konkreetsetele lahendustele. Pakkumusi tuleb hinnata majandusliku soodsuse alusel. Samuti peavad pakkujatele teada olema kõik lepinguga seotud tingimused. Lisaks tuleb kommertskasutusele eelneva hanke protsess korraldada selliselt, et oleks välistatud huvide konflikt sealhulgas väliste ekspertide puhul, keda hankija kasutab.⁵⁴

Autori hinnangul rakendab Euroopa Komisjon KE teates ja Horizon 2020 programmis kommertskasutusele eelnevaid hankeid sarnaselt riigihangetega. Võrreldes kommertskasutusle eelnevat hanget erinevate riigihankemenetlustega võib jõuda järeldusele, et kommertskasutusele eelnev hange on riigihange, millele riigihangete direktiiv ei kohaldu. Sellest tulenevalt tekib küsimus, miks on vaja kahte paralleelset hankemenetlust, mis tekitab hankijates segadust. Üheks põhjuseks on kindlasti see, et ka liidu riigihangete õigus on arenenud suuresti Euroopa Kohtu ELTL tõlgendamise kaudu. Teiseks põhjuseks on asjaolu, et riigihangete puhul ei ole kasutatud GPA riigihankepingust tulenevat võimalust kehtestada liidussisestele hangetele eraldi reeglid, mis võimaldaks teatud juhtudel eelistada liidu pakkujaid.⁵⁵ Kuid samas on vaja edendada just Euroopa Liidu majandust innovaatiliste T&A lepingute kaudu siis on loodud innovatsioonihangete jaoks eraldi kommertskasutusele eelnevate hangete regulatsioon. EAFIP riigihangete juhises tuuakse see asjaolu välja seoses innovatsioonipartnerlusega. Märkides, et kommertskasutusele eelneva hanke eeliseks on võimalus, pärast selle lõppemist korraldataval riigihankel saavad osaleda need Euroopa ettevõtetel, kes algses T&A projektis ei osalenud.⁵⁶

⁵⁴ Horizon 2020, lk 19-20.

⁵⁵ A.R. Apostol., lk 231-234.

⁵⁶ EAFIP, Module 1, lk 21.

2.5 Kommertskasutusele eelnev hange ja intellektuaalomand

KE teatise ja T&A riigiabi raamistiku kasutatavad intellektuaalomandiga seotud mõisted on autori hinnangul raskesti mõistetavad ning kohati jääb selgusetuks, kuidas intellektuaalomandiga seonduva reguleerida. KE teatise kohaselt peavad hankijad jagama pakkujatega riske ja kasu. Kuna innovaatiliste lahenduste väärtus on tihedalt seotud intellektuaalomandi õigustega võiks selle pinnalt eeldada, et projektiga seotud kasu jagamine tähendab ka intellektuaalomandi õiguste jagamist kuid KE teatise intellektuaalomandi regulatsioon nii lihtne ei ole.

KE teatise kasutatakse intellektuaalomandi õigustega seose mõistet ainuõiguste andmine ja ainuõiguslik väljatöötamine. Ainuõiguslik väljatöötamine tähendab, et hankija jätab kõik väljatöötamise tulemused ja kasud (sealhulgas intellektuaalomandi õigused) üksnes enda kasutusse. Ettevõtted, kes on toote või teenuse välja töötanud, ei saa seda enam teiste potentsiaalsete klientide puhul kasutada. EK teatistes viidatakse, et ekspertide hinnangul valivad riiklikud hankijad Euroopas tavaliselt ainuõigusliku väljatöötamise. Enamikul juhtudel ei ole projekti tulemuste ainuõiguslikkus siiski hankijate jaoks vältimatu, kuna riiklik ostja on ainult üks leitud lahenduse paljudest potentsiaalsetest kasutajatest. Hankijad ei pööra sageli tähelepanu tulemustest saadavate kasude rakendamiseks vajalikele lisakuludele ja jõupingutustele.

KE teatise kohaselt võtab ainuõiguste andmine ettevõtetelt stiimuli edasisse turustamisse investeerimiseks. Projekti tulemuste ainuõiguste kõrge hind vähendab hankija motivatsiooni jagada projekti tulemusi teiste potentsiaalsete hankijatega. KE teatistes tuuakse hankijale ainuõiguse andmisega seoses välja järgmised kahjulikud mõjud:

- 1) Turu killustumine. Kui sama sektori eri riiklikud hankijad leiavad sarnasele probleemile oma lahendused üksteisega teavet jagamata, töötatakse välja hulgaliselt lahendusi, mis ei sobi tõenäoliselt ülemaailmsetele turgudele;
- 2) Rahalised takistused konkureeriva arendustegevuse hangetele. Kui lahenduse pakkumiseks on palju tehnoloogia- ja disainivariante, teeb ainuõigusliku väljatöötamise kõrge hind konkureeriva arendustegevuse hanked eri ettevõtetelt raskesti kättesaadavaks. See võib siduda riiklikud hankijad üksnes ühe tarnijaga.

3) Innovaatilisemate lahenduste kasutamata jätmine. AINUõigusliku väljatöötamisega saab hankija endale nii kõik uurimis- ja arendustegevuse kasud kui ka riskid. Selle tulemusena keskenduvad riiklikud ostjad turustamiseelsetele lahendustele ning jätavad kasutamata võimalused, mida pakuvad innovaatilisemad lahendused, mis võiksid anda hankijale sama raha eest rohkem lisandväärtust.

Lisaks riskide välja toomisele viidatakse KE teatises, et hankija ei ole piisavalt pädevaks, et tegeleda intellektuaalomandi kaitsega seotud küsimustega. KE töödokumendis soovitatakse, et kui hankija ei vaja ainuõigust teadus- ja arendustegevuse kõikidele tulemustele on soovitatav intellektuaalomandi õigused jagada hankija ja pakkuja vahel selliselt, et soodustataks väljatöötatud lahenduse kasutuselevõttu. Jagamine võib tähendada, et hankija loobub pakkuja loodud lahenduse intellektuaalomandi õigustest osaliselt või täielikult võimaldades pakkujal saada kasu teadus- ja arendustegevuse tulemusel loodud uute toodete ja teenuste turustamisest. Pakkuja vastutab projekti käigus loodud intellektuaalomandi õiguste vajaliku kaitsmise korraldamise eest ning hankija saab sobivad õigused väljatöötatud tehnoloogiate ja lahenduste litsentsivabaks kasutamiseks.

KE teatise kohaselt peab selleks, et tagada piisavalt suur ja konkurentsivõimeline tarneahel hankija omandama õiguse nõuda, et osalevad äriühingud annaksid väljaarendatud toodete litsentsi kolmanda lepinguosalise tarnijatele õiglastel ja mõistlikel turu tingimustel. Pakkujatel ei lubata tavaliselt anda intellektuaalomandi õigusi edasi ilma hankija nõusolekuta. Tagasiandmise säte võib tagada, et kui intellektuaalomandi õigused saanud pakkuja ei kasuta õigusi teatud aja jooksul pärast projekti elluviimist annab ta intellektuaalomandi õigused hankijale tagasi.

A.R. Apostol on KE teatises toodud intellektuaalomandi punkte analüüsisides jõudnud järeldusele, et KE teatises ja KE töödokumendis pidas komisjon silmas eelkõige patentidega seotud intellektuaalomandi õigusi.⁵⁷ Kui võrrelda patendiseaduse § 15 toodu patendiomaniku õigusi KE teatises toodud intellektuaalomandi kirjeldusega sarnasus ilmne.

KE teatises ja KE töödokumendis kasutatavate mõistetega seotud ebaselguse puhul on hea, et tegemist on soovitustega, mida hankija võib oma vajadustele kohandada. Seega kuigi KE

⁵⁷ A.R. Apostol, lk 32-35.

teatistes ja KE töödokumendis kasutatavad mõisted ajavad segadusse võib hankija vastavalt siseriiklikule õigusele kohaldada asjakohase õigusakti sätteid.

Innovatsioonihangetega on tihedalt seotud ka autoriõiguste valdkond, mille uuendamiseks otsitakse nii riigisiselt kui Euroopa Liidu tasandil võimalusi, kuna on jõutud arusaamisele, et autoriõiguse toimimise alusnormid vajavad uuendamist. Infoühiskonnas on autoriõigustega kaitstavate teoste loomine, levitamine ja igasugune kasutamine telekommunikatsioonitehnoloogia vahendusel saanud majandus- ja kultuurivaldkonna ning sotsiaalse suhtlemise lahutamatuks osaks. Seetõttu on Euroopa Komisjon digitaalse sisu kättesaadavuse parandamiseks 2016. aastal ettevalmistanud reformipaketi.⁵⁸ Eestis on Euroopa Liidu vahenditest finantseeritud programmi „Parema õigusloome arendamine“ raames toimunud intellektuaalomandi kodifitseerimine. Uue autoriõiguse seaduse eelnõu loomisel analüüsiti põhjalikult erinevate riikide autoriõiguse regulatsioone ning tehti ettepanekud Eesti autoriõiguse regulatsioon uuendamiseks.⁵⁹ Kahjuks ei ole praeguseni Eesti autoriõiguse alusnorme uuendatud. Ameerika Ühendriikide õigusteadlane D. Tussey autoriõigusi võrrelnud keeruliste pidevalt muutuvate looduslike ökosüsteemidega. Läbi aegade on autori õigustega seotud majandusharud lähtuvalt tehnoloogia muutustest ümber organiseerunud.⁶⁰ Seega võib autori hinnangul loota, et innovatsioonihangete edendamisega koos uueneb nii Eesti kui Euroopa Liidu autoriõiguste regulatsioon.

Kui digitaalse sisu levitamist puudutavad innovatsioonihankega seonduvat intellektuaalomandi regulatsiooni kaudsemalt siis innovaatiliste lahendustega kaasnevad tihti ka arvutiprogrammid. Ühe näitena võib tuua AS Tallinna Sadama projekt „Tark Sadam“. Projekti „Tark sadam“ eesmärgiks oli arendada välja uudne autoga reisijate elektrooniline läbipääsu- ja liikluskorraldussüsteem, mis hõlmab ka elektroonilist check-ini.⁶¹

Innovatsioonihanke esemed võivad kuuluda nii nagu arvutiprogrammidki erinevatesse intellektuaalomandi kategooriatesse (autoriõigused ja patent). Uuenduslikud lahendused kombineerivad omavahel tihti arvutiprogramme ja tehnoloogiat. Seega käsitleb autor

⁵⁸ K. Nemvalts. Euroopa Liidu algatustest autoriõiguse reformimisel. Õiguskeel 2/2017, lk 1.

⁵⁹ A. Kelli, K. Nemvalts jt Autoriõiguse ja autoriõigusega kaasnevate õiguste seaduse eelnõu ja seletuskirja esialgne lähtematerjal, 19.02.2013. Arvutivõrgus: https://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/elfinder/article_files/autorioiguse_analuus_0.pdf

⁶⁰ D. Tussey. Complex Copyright. Mapping the Information Ecosystem. Ashgate Publishing Limited, 2012, lk 22-29.

⁶¹ AS Tallinna Sadam koduleht. 2014-2015 kestunud projekt Tark sadam. Kättesaadav: <http://www.portoftallinn.com/tark-sadam>.

võimalikke innovatsioonihanke autoriõigusega seonduvaid probleeme arvutiprogrammide autoriõigusliku kaitsega seotud õiguskirjanduse pinnalt.

Eesti autoriõiguse seaduse kohaselt kaitstakse loomingut teosena, kui see on inimese intellektuaalse tegevuse originaalne tulemus ning väljendatud objektiivses tajutavas vormis ja selle kaudu tajutav. Eestis moodustavad autoriõiguste sisu isiklikud õigused, mis on autori isikust lahutamatud ega ole üleantavad autori eluajal, ja varalised õigused, mis on üleantavad kas üksikute õigustena või õiguste kogumina, kas tasu eest või tasuta. Autori varaliste õiguste eesmärk on võimaldada teose loojale tasu saamine oma loometöö viljade eest, mistõttu võivad need juba alates teose loomise hetkest siirduda kellelegi teisele (tööandaja, lepingupartner). Varalised õigused on üleantavad, jagatavad ja litsentsitavad nii üksikute õigustena kui ka kogumis, osaliselt või täielikult, tasu eest või tasuta, teose loomise hetkest alates (nt töölepinguga) või kunagi hiljem (autori lepingu- või autori litsentsiga).⁶² Autori isiklike õigusi saab Eestis kasutada üsnagi ulatuslikud ning neid võib kasutada ka pärast autori varaliste õiguste võõrandamist. Autori isiklikud õigused võimaldavad autoril pahatahtlikult sekkuda teose kasutamisse. M. Rosentau on sellist olukorda kirjeldanud kiusliku autori probleemina, kus autor kasutab autori loovutamatu isiklike õigusi tööandja jaoks loodud arvutiprogrammi „Minu Raha“ kasutamise takistamiseks.⁶³ Autori hinnangul on kriitilise tähtsusega autori isiklike ja varaliste õiguste kollisiooni lahendamine Eesti autoriõiguses, kuna see raskendab innovaatiliste lahenduste kasutamist majanduslikul eesmärgil. Innovaatilise lahenduse muutmise takistamine isiklike õiguste abil võib muuta selle majandusliku kasutamise võimatuks. Autori isiklike õiguste kuritarvitamise riski annab siiski maandada lihtlitsentsiga isiklike õiguste kasutamiseks.

Kuigi autori isiklikud õigused on autori isikuga lahutamatult seotud ja seega pole müüdavad, võib autor lubada teisel isikul oma isiklike õigusi litsentsilepingu alusel kasutada (ainu- või lihtlitsentsi alusel).⁶⁴

⁶² M. Rosentau. Intellektuaalse omandi õigused infotehnoloogias. Autori varalised õigused. Juridica X/2010, lk 751.

⁶³ M. Rosentau. Intellektuaalse omandi õigused infotehnoloogias: Autori isiklikud (moraalsed) õigused. Juridica IX /2007, lk 652.

⁶⁴ H. Pisuke. Autoriõiguse alused. 2006, lk 37.

Ainulitsentsi andmisel autori isiklikele õigustele tuleb arvestada asjaoluga, et kõik autori isiklikud õigused ei ole litsentseeritavad, kuna isiklike õiguste kataloogis leidub õigusi, mille teostamiseks (üldise) loa ja eriti ainulitsentsi andmine võrdub isikliku õiguse üleandmisega või loovutamisega, mis on õigustühine.⁶⁵

Autori isiklike õiguste osas vajalik omandada (ainu- või) lihtlitsents järgmistele autori isiklikele õigustele:

- 1) luba teha teoses ja selle nimes muudatusi (nt „Minu raha“ näitel vajadus muuta arvutiprogrammi lähtekoodi, ülesehitust jne);
- 2) luba lisada arvutiprogrammile teiste autorite teoseid (vajadus liita arvutiprogrammi uusi alamprogramme, liideseid jne).

Autori hinnangul tuleb autori isiklike õiguste omandamisel eelistada lihtlitsentsi, kuna sellisel juhul on vaidlus isikliku õiguse võimaliku loovutamise üle välistatud. Lihtlitsents annab õiguste omajale piisava õiguse teost muuta ja täiendada. Lisaks isiklike õiguste litsentsile tuleb kokku leppida, millal on teos valmis üldsusele avaldamiseks.

2.6 Kommetskasutusele eelnev hange ja riigiabi

T & A riigiabi raamistiku sissejuhatuse punktis 1 märgitakse, selleks et riigi toetused ei moonutaks konkurentsi siseturul ega mõjutaks liikmesriikide vahelist kaubandust viisil, mis on vastuolus ühiste huvidega, on ELTL artikli 107 lõikes 1 sätestatud põhimõte, et riigiabi on keelatud. Teatavatel juhtudel võib sellist abi pidada siiski ELTL artikli 107 lõike 2 ja 3 alusel siseturuga kokkusobivaks. T & A riigiabi raamistiku sissejuhatuse punkti 4 teises lauses märgitakse, et innovatsiooniks antav riigiabi võib olla siseturuga kokkusobiv, kui saab eeldada, et see edendab üleeuroopalist huvi pakkuva tähtsa projekti rakendamist või soodustab teatava majandustegevuse arendamist.

⁶⁵ M. Rosentau. Autori isiklikud õigused, lk 654.

KE teatise kohaselt antakse kommertskasutusele eelneval hankel riigiabi kui lepinguga seotud riskide ja kasude jagamine ei toimu turutingimustel ning teenuste eest makstud hind on turuhinnast kõrgem. Sellisest riigiabist tuleb teavitada vastavalt ELTL artiklitele 107 ja 108 komisjoni, kes annab T&A riigiabi raamistiku alusel hinnangu, kas riigiabi anti või mitte. KE töödokumendis täpsustakse, et kui lepingu sõlmiseks toimus pakkumismenetlus vastavalt kehtivatele riigihankeid käsitlevatele direktiividele on komisjon üldiselt arvamisel, et tegemist ei ole riigiabiga ELTL artikli 107 lõike 1 tähenduses.

2014. aastal täpsustas komisjon T&A riigiabi raamistikus kommertskasutusele eelneva hanke mõistet ja lisas sinna viite turu tingimustele. T&A riigiabi raamistiku kohaselt on kommertskasutusele eelnev hange teadus- ja arendusteenuste avalik hange, mille hankija ei piira kõiki lepingu tulemusi ja hüvesid tema oma tegevuses kasutamiseks, vaid jagab neid turutingimustel teenuste osutajatega. Leping, mille ese kuulub ühte või mitmesse käesolevas uurimis- ja arendustegevuse raamistikus määratletud kategooriasse, peab olema tähtsajaline ning võib sisaldada prototüüpide arendamist või esimeste toodete või teenuste piiratud koguses ostmist või osutamist katseseeria kujul. Sama lepingu ese ei tohi hõlmata toodete või teenuste kaubanduslike koguste ostmist.

KE töödokumendis selgitatakse, kuidas saab tagada turuhinnaga ostmist kui intellektuaalomandi õigustega seotud kasu jagatakse hankija ja pakkujate vahel. Ainuõigusliku arendamist hõlmavate projektide puhul ei saa äriühingud riigiabi tähendavat konkurentsieelist kui makstav hind ei ületa äriühingu kulusid koos mõistliku kasumimääraga.

Kui kommertskasutusele eelneval hankel jagatakse intellektuaalomandi õigusi maksab hankija kommertskasutusele eelneva arendustegevuse eest vähem kui ainuõigusliku arendustegevuse eest, et välistada riigiabi. Madalam hind võrreldes ainuõigusliku arendustegevuse maksumusega peaks kajastama saadud kasu ja pakkuja võetud riskide turuväärtust.

Kui hankija jagab pakkujaga väljatöötatud lahenduse intellektuaalomandi õigusi tuleb hankijal eelnevalt hinnata majanduslikku kasu, mida äriühing saab intellektuaalomandi õigustest tulevikus, võttes aluseks loodavate lahenduste võimaliku turu tulevikus ja äriühingute arvu konkreetses segmendis. Seda hinnangut saab kasutada pakkumuse soovitusliku hinnavahe miku maksimaalse hinna kehtestamiseks.

Kui lepinguosaliste õiguste ja kohustuste jagamine avaldatakse eelnevalt hankedokumentides on kõigil pakkujatel võrdsed võimalused teha pakkumus samadel tingimustel ja hinnad on seega võrreldavad. Seega kui lepinguosaliste õigused ja kohustused (sh intellektuaalomandi õigused) avaldatakse eelnevalt hankedokumentides ning pakkumused on tehtud ELTL põhimõtete kohaselt võistluslikul alusel ja läbipaistvalt, mis tagab turutingimustele vastava hinna (parima hinna ja kvaliteedi suhe) on riigiabi välistatud ELTL artikli 107 lõike 1 tähenduses. Kommertskasutusele eelneva hanke puhul tuleb riigiabi välistamiseks lähtuda hankedokumendis sätestatud tingimustest ning menetluse käigus ei tohi kaasneda uusi läbirääkimisi lepinguliste õiguste ja kohustuste sealhulgas intellektuaalomandi õiguste üle pärast pakkujate väljavalimist.

Euroopa Komisjon ei ole dokumentides andnud konkreetseid soovitusi, kuidas innovaatilise lahendusega seotud intellektuaalomandi majanduslikku väärtust hinnata. Euroopa Komisjoni kodulehel olevas korduvate küsimuste rubriigis on siiski välja toodud erinevaid viise kuidas võiks pakkumuse turuväärtust hinnata.

Toote puhul, mida alles arendatakse ja mida ei ole turule toodud soovitatakse turuväärtus arvutada lepingut täitvate teadlaste ja arendajate meeskonna palkade turuväärtuse ning töö tegemiseks vajalike materjalide kulude pinnalt. Vastavas sektoris töötavate teadlaste ja arendusmeeskonna liikmete palgataset ja uurimis- ja arendustegevuse materjalide kulu on võimalik kontrollida. Tööjõu ja materjali kulude alusel saabki hinnata, kas ettevõtte pakkumus vastab turuhinnale või mitte.

Kui hankija jätab intellektuaalomandi õigused pakkujale saab turuhinna määramisel kasutada innovaatilise lahenduse maksumuse võrdlust. Innovaatilise lahenduse maksumuse võrdluse korral esitab pakkuja pakkumuses võrdluse, mis on pakutav hind kui intellektuaalomandi õigused loovutatakse hankijale ning milline on pakutav hind kui intellektuaalomandi õigused jäävad pakkujale. Pakkujad pakuvad pakkumuses hinnaalandust, mis proportsionaalne intellektuaalomandi eeldatava turuväärtusega. Sellise võrdluse kasutamiseks peab hankija nõudma hankedokumentides, et pakkuja esitaks oma pakkumuses:

1. innovatiivse lahenduse hinna, mis sisaldab tasu intellektuaalomandi loovutamise eest
2. innovatiivse lahenduse hinna kui intellektuaalomandi õigused jäävad pakkujale.

Erinevate pakkujate poolt väljapakutud hinnaalandusprotsendi ja ekspertide kaasamise abil saab hankija hinnata pakkumuses pakutud hindade vastavust turuhinnale. Sellist pakkumuse turuväärtuse hindamise viisi on kasutatud kommertskasutusele eelnevate hangetes projektid SILVER, CHARM ja V-CON. Kolmanda viisina pakkumuse turuväärtuse tuvastamiseks tuuakse komisjoni kodulehel ära võimalus, mida kasutab näiteks Ühendkuningriigi kaitseministeerium. Hankija määrab hankedokumentides sõltuvalt turutingimustest n.ö „litsentsitasu“ protsendina eeldatavast müügitulust, mida pakkuja tasub hankijale kui ta müüb lahendust teistele klientidele turul. Sellisel viisil hüvitab pakkuja lahenduse turustamisel hankijale intellektuaalomandi turuväärtuse.⁶⁶ Autori hinnangul saab välja toodud intellektuaalomandi õiguste turuväärtuse tuvastamise meetodeid kasutada lisaks kommertskasutusele eelnevale hankele ka innovatsioonipartnerluses väljatöötatava lahenduse turuväärtuse tuvastamiseks sest selle menetluse osas puuduvad õigusaktides juhised kuidas turuväärtust hinnata.

⁶⁶ Euroopa Komisjoni koduleht. Frequently Asked Questions about PCP and PPI. Küsimus number 9. Arvutivõrgus: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/frequently-asked-questions-about-pcp-and-ppi>

3. INNOVATSIOONIPARTNERLUS

3.1 Innovatsioonipartnerluse taust

Innovatsioonihanke menetluse läbiviimiseks võib hankja valida innovatsioonipartnerluse, võistleva dialoogi ja konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse vahel. Kõik need hankemenetlusliigid kuuluvad innovatiivse lahenduse riigihanke mõiste alla (ingl *public procurement of innovative solutions*). Innovatiivsete lahenduse riigihankel tegutseb hankija selliste innovatiivsete teenuste ja kaupade turuletoojana, mis ei ole veel turul suures mahus kättesaadavad. Innovatiivse lahenduse riigihanke mõiste hõlmab innovatiivsete asjade, teenuste või ehitustööde hankimist, kuid innovatiivne võib olla ka hankes kasutatav protsess. Innovatiivse lahenduse riigihanke kaudu ergutab avalik sektor turgu pakkuma soovitud tooteid ja teenuseid olles ise esimeseks innovatiivse lahenduse kausutajaks ning ostjaks. Kui innovatiivse lahenduse riigihankele on eelnenud kommertskasutusele eelnev hange siis annab riigihange turuosalistele võimaluse teha pakkumusi innovatiivse lahenduse turule toomiseks.⁶⁷ Innovatiivse lahenduse riigihange täiendab kommertskasutusele eelnevat hanget selles välja töötatud innovatiivse lahenduse turule toomisega.

Enne 2014. aastal vastuvõetud riigihangete direktiive sai hankija innovatsioonihanke läbiviimiseks kasutada, kasutada eelmises peatükis käsitletud kommertskasutusele eelnevat hanget, võistlevat dialoogi või väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetlust (nüüd konkurentsipõhine läbirääkimistega hankemenetlus). Innovatsioonihanke läbiviimisel võis hankemenetlusi kombineerida omavahel kahel erineval viisil. Esiteks võis hankija kasutada innovatiivse lahenduse väljatöötamiseks kommertskasutusele eelnevat hanget ning korraldada lahenduse turule toomiseks ükskõik, millise riigihankemenetluse. Teiseks võis hankija koondada innovaatilise lahenduse loomiseks vajaliku T&A teenuste tellimise ja hilisema innovatiivse lahenduse tellimise ühte riigihankemenetlusse, kasutades selleks võistlevat dialoogi või väljakuulutamisega läbirääkimistega hankemenetlust.⁶⁸ 2014. aastal vastuvõetud riigihanke direktiividega laiendati hankija võimalusi innovatsioonihanke läbiviimiseks ning riigihangete direktiivi lisandus innovatsioonipartnerluse hankemenetlus.

⁶⁷ C. Edquist. Public Procurement for Innovation. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015, lk 8-9.

⁶⁸ M. Andrecka, lk 190-193.

Riigihangete direktiivis ja RHSis on jäetud mitmed innovatsioonipartnerluse aspektid reguleerimata ning see võib avaldada innovatsioonipartnerluse kasutamisele negatiivset mõju.

3.2 Innovatsioonipartnerluse ese

Hankijal on vastavalt RHS § 48 lõike 2 õigus luua innovatsioonipartnerlus, kui tal on tekkinud vajadus selliste innovaatiliste asjade, teenuste või ehitustööde järele, mida ei ole võimalik rahuldada turul juba olemasolevate asjade, teenuste või ehitustööde hankimisega. Innovatsioonipartnerlus luuakse eesmärgiga välja töötada innovaatilisi asju, teenuseid või ehitustöid ning neid hankida hankija ja innovatsioonipartnerluses osalejate vahel kokkulepitud kvaliteedi ja hinnaga.

RHS § 48 lõike 2 sõnastus tekitab seda rakendada soovival hankijal praktilise küsimus, millal ta võib nimetatud menetlust kasutada? RHS § 48 lõike 2 sõnastusest ega ka teistest innovatsioonipartnerlust puudutavatest sätetest ei selgu, mida tähendab vajadus selliste innovaatiliste asjade, teenuste või ehitustööde järele, mida ei ole võimalik rahuldada turul juba olemasolevate asjade, teenuste või ehitustöödega. Samuti on ebaselge, mida mõeldakse innovaatiliste asjade, teenuste või ehitustööde väljatöötamise all.

RHS § 4 punkt 9 kohaselt loetakse innovaatiliseks uusi või märkimisväärselt täiustatud asju, teenuseid või protsesse, sealhulgas tootmis- või ehitusprotsesse, uue turustusviisi või uue organisatsioonilise meetodi kasutuselevõttu äritavades, töökorralduses või välissuhetes. RHS § 4 punkti 9 määratlus ühtib Schumpeteri innovatsiooni käsitlusega, et innovatsioon ei ole reeglina uus vaid olemasolevate teadmiste ja tehnoloogiate kasutamine uuel viisil. Innovaatilise asja, teenuse või ehitustööna mõistetakse ka asju, mida on kohandatud teises valdkonnas kasutamiseks (nt autotööstuses kasutatava tehnoloogia kasutamine meditsiinis või vastupidi). Oslo käsiraamatu kohaselt hõlmab tooteinnovatsiooni mõiste ka toote kasutusele võttu uuel kasutusviisil teises valdkonnas pärast selle kohandamist või uute materjalide kasutamist tootes.⁶⁹ Seega selleks, et asi või teenus oleks innovaatiline ei ole tingimata vaja radikaalset tooteuundust vaid piisab ka asja kohandamisest, mis võib hõlmata asja uue kasutusviisi väljatöötamist.

⁶⁹ Oslo manual, lk 48 punktid 159-160.

Riigihanke direktiivi põhjenduspunktis 49 ja artikli 31 punktis 1 märgitakse sarnaselt RHS § 48 lõikele 2, et kui innovaatilise toote või teenuse või innovaatiliste ehitustööde väljaarendamise ning sellest tulenevate asjade, teenuste või ehitustööde järgneva soetamise vajadust ei saa rahuldada juba turul olemas olevate lahendustega, on hankijatel võimalik kasutada innovatsioonipartnerlust. Riigihangete direktiivi põhjenduspunkti 49 teine lause täpsustab, et innovatsiooni partnerluse riigihange on erimenetlus, mis peaks võimaldama luua pikaajalisi innovatsioonipartnerlusi uue innovatiivse toote, teenuse või ehitustöö väljaarendamiseks ja hilisemaks ostmiseks. Kui võrrelda riigihangete direktiivi põhjenduspunkti teist lauset Oslo käsiraamatu tooteinnovatsiooni määratlusega võib jõuda järeldusele, et innovatsioonipartnerlust võib kasutada üksnes juhul kui tegemist on uue asja või teenuse väljatöötamisega ehk radikaalse tooteinnovatsiooniga. Seda järeldust toetavad RHS § 23 lõige 2 punkt 4 ja RHS § 62 lõige 1, mille kohaselt võtab hankija innovatsioonipartnerluse etappide kindlaksmääramisel ja maksumuse arvestamisel arvesse teadusuuringute ja innovatsiooniprotsessi osi. Radikaalseks tooteinnovatsiooniks on alati vaja vähemal või rohkema määral T&A teenuseid. Seega tuleb RHS § 48 lõiget 2 tõlgendada selliselt, et innovatsioonipartnerluse kasutamine on lubatav üksnes juhul kui ostetakse uusi innovaatilisi asju, teenuseid või ehitustöid ning millega kaasnevad T&A teenused.

Asjade või teenuste kasutamiseks teises valdkonnas innovaatilisel viisil tuleks kasutada võistlevat dialoogi või konkurentsipõhist läbirääkimistega hankemenetlust. RHS § 48 lõike 3 punkti 5 kohaselt on hankijal õigus korraldada riigihange konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse või võistleva dialoogina, kui hankelepingu ese hõlmab innovaatiliste lahenduste väljatöötamist.

Autori hinnangul on innovatsioonipartnerluse keeruline definitsioon üheks põhjuseks, miks praktikas innovatsioonipartnerluse riigihangete läbiviimise osas praktiliselt puudub. Õiguskirjanduses on samuti märgitud, et innovatsioonipartnerluse puhul on hankijale suureks väljakutseks hankemenetluse läbiviimine selliselt, et oleks täidetud kõik konkurentsi tagamisega seotud nõuded ning hankija ei maksaks väljatöötatud lahenduse eest rohkem kui see on väärt.⁷⁰

⁷⁰ E.Iossa. Public Procurement Policy. Response to Paper 2 Routledge, 2016, lk 160-161.

Autor leidis ELT lisast TED seitse rahvusvahelist innovatsioonipartnerluse menetlust ning kõik innovatsioonipartnerluse menetlused on alustatud 2018 aastal.⁷¹ Eesti riigihangete registrist ei leidnud autor ühtegi innovatsioonipartnerluse hanketeadet.

3.3 Kuidas veenduda innovatsioonipartnerluse kasutamise õiguses?

RHS § 48 lõike 2 kohaselt võib hankija kasutada innovatsioonipartnerlust üksnes siis kui hankijal on vajadus selliste innovaatiliste asjade, teenuste või ehitustööde järele, mida ei ole võimalik rahuldada turul juba turul olevate lahenduste abil. Riigihangete direktiivi ja RHS innovatsioonipartnerlust reguleerivates sätetes puuduvad igasugused viited sellele, kuidas hankija peaks veenduma selles, et tema vajadustele vastavat asja või teenust ei ole turul. Võimalik, et seadusandja soovis jätta hankijatele võimalikult suure kaalutlusruumi selles osas, kuidas hinnata hankija vajadustele vastava innovaatilise lahenduse puudumist turult. Kuid siiski toob selline ebaselgus kaasa riske menetluse rakendamisel.

Innovatsioonipartnerluse kasutamise aluste hindamisel võiks autori arvates analoogselt kommertskasutusele eelnevate hangetega kasutada turu-uuringut. KE töödokumendis on kommertskasutusele eelnevate osas märgitud, et dialoog turuga aitab hankijal saada parema ülevaate tööstustoodete käimasolevatest arendustest ja tehnoloogilisest küpsusest ning võib seega aidata eristada teadus- ja arendustegevuse alaseid uusi lahendusi nendest lahendustest, mis on seotud peamiselt kaubandusliku arendustegevusega.⁷²

2014. aastal vastuvõetud riigihangete direktiivi lisatud artiklid 40 ja 41, mis käsitlevad turu-uuringute läbiviimist. Vastavalt riigihangete direktiivi artiklile 40 võivad hankjad enne hankemenetluse alustamist läbi viia turu-uuringud eesmärgiga valmistada riigihanget ette ning teavitada ettevõtjaid oma hankeplaanidest ja nõuetest. Turu-uuringul võib hankija küsida või vastu võtta nõuandeid sõltumatutelt ekspertidelt või asutustelt või turul osalejatelt. Seda nõu võib kasutada hankemenetluse kavandamisel ja läbiviimisel, tingimusel et sellised nõuanded ei moonuta konkurentsi ning nende tulemusel ei rikuta mittediskrimineerimise ja läbipaistvuse põhimõtet. Riigihangete direktiivi artiklis 41 täpsustatakse kuidas kõrvaldada turu-uuringu tulenev võimalik konkurentsi moonutamise riski.

⁷¹ ELT lisas TED avaldatud riigihangete hanketeated seisuga 19.04.2018.

⁷² KE töödokument, lk 3.

Riigihangete direktiivi artikli 41 kohaselt tuleb hankijal tagada, et pakkujatele, kes turu-uuringul ei osalenud, edastatakse oluline turu-uuringut puudutav teave, ning pakkumuste esitamiseks jäetakse piisavalt aega. Turu-uuringul osalenud pakkuja võib jätta menetlusest kõrvale üksnes siis, kui puuduvad muud vahendid, millega tagada võrdse kohtlemise põhimõtte järgimist.

Lisaks antakse pakkujale enne kõrvaldamist võimalus tõendada, et tema kaasatus hankemenetluse ettevalmistamisse ei moonuta konkurentsi. RHSi on turu-uuringu regulatsioon sarnaselt üle võetud. RHS § 10 lõigete 1 ja 2 kohaselt võib hankija enne riigihanke alustamist hankelepingu eseme täpsemaks piiritlemiseks ja riigihanke ettevalmistamiseks teha turu-uuringu. Turu-uuringu käigus võib hankija konsulteerida asjaomases valdkonnas tegutsevate isikute ja ettevõtjatega. Saadud nõuandeid võib kasutada riigihanke kavandamisel ja korraldamisel tingimusel, et see ei moonuta konkurentsi.

Turu-uuringu tegemisel ja selle käigus saadud nõuannete kasutamisel riigihankes tagab hankija mittediskrimineerimise ja läbipaistvuse põhimõtete järgimise. RHS § 10 lõike 3 kohaselt tuleb hankijal turu-uuringu tulemusena tekkiva võimaliku konkurentsi moonutamise ärahoidmiseks:

1) esitada riigihanke alusdokumentides teabe, mis edastati turu-uuringus osalenud või muul moel riigihanke ettevalmistamisse kaasatud ettevõtjale seoses riigihanke ettevalmistamises osalemisega või selle tulemusel;

2) määrata pakkumuse või taotluse esitamisele piisavalt pika tähtaja, et turu-uuringus osalenud või muul moel riigihanke ettevalmistamisse kaasatud ettevõtjal ei tekiks seoses teabe eelneva valdamisega eelist teiste ettevõtjate ees. Kui hankija hinnangul ei taga RHS § 10 lõike 3 täitmine piisavalt kindlust, et turu-uuringus osalenud ettevõtte osalemine ei riku võrdse kohtlemise põhimõtte järgimist võib hankija nõuda RHS § 10 lõike 4 alusel pakkujalt selgitusi ja tõendeid, et tema riigihankes osalemine ei moonuta konkurentsi.

Autori hinnangul on KE teatise ja riigihangete direktiivi turu-uuringu regulatsioonil omavahelisel võrdlusel selgeid sarnasusi. Lisaks sellele on kahel hankeliigil teisigi sarnasusi. KE teatise ja T&A riigiabi raamistikus kohaselt on kommertskasutuse eelnev hange teadus- ja arendusteenuste hange, mis hõlmab turutingimustele vastava riski ja kasumi jagamist.

Riigihangete direktiivi artikli 31 kohaselt on innovatsioonipartnerluse eesmärk on innovatiivsete toodete, teenuste või ehitustööde väljatöötamine. Innovatsioonipartnerlus ehitatakse üles järjestikuste etappidena, lähtudes teadusuuringute ja innovatsiooniprotsessi osadest, mis võib hõlmata ka asjade tootmist, teenuste osutamist või ehitustööde tegemist. RHS § 62 innovatsioonipartnerluse regulatsioon on väga sarnane kommertskasutusele eelneva hanke raamlepingu ning selle faaside regulatsiooniga. Eelneva põhjal võib autori hinnangul väita, et kommertskasutusele eelnev hange ja innovatsioonipartnerluse teadus- ja arendustegevuse faas on põhimõtteliselt sama. Seega tuleb enne innovatsioonipartnerluse menetluse korraldamist läbi viia turu-uuring, mis kinnitab või lükkab ümber hankija hinnangu, et turul ei ole selliseid asju, teenuseid või ehitustöid, mis rahuldaks hankija vajadusi.

Turu-uuringu abil tuleb välja selgitada:

1. kas turul on sobivaid tooteid või teenuseid ning kas turul olevaid tooteid või teenuseid saab muuta kohandamisega hankija vajadustele vastavaks;
2. kui toodet või teenust turul ei ole siis millised pakkujad oleksid suutelised osutama vajalike T&A teenuseid innovatsioonipartnerluse raames;
3. milline on võimalik aja- ja rahakulu ning milliseid täiendavaid ressursse veel vaja on.

Turu- uuringuks võib kasutada internetti, näitusi, messe ja valdkonnaga seotud kirjandust (teadusuuringud, ajakirjad, artiklid jne). Samuti korraldada hanke teemalisi töötubasid ja infopäevi. Hankija võib enda kodulehele või projekti kodulehele panna üles pakkujatele vastamiseks hanke esemega seotud küsimustiku nii nagu seda on tehtud FABULOS projektis. FABULOS projekti kodulehel saavad potentsiaalsed pakkujad saavad projekti kodulehel vastata erinevatele turu-uuringu küsimustele (ajaraami sobivus, pakkuja huvi osaleda kommertskasutusele eelneval hankel, pakkuja võimekus täita projekti üksi, hinnang projekti eelarve realistlikule jms).⁷³ Kodulehel oleva küsimustiku abil saab hankija FABULOS projekti näitel hinnata ka eelarve realistlikust. Pakkujatelt eelarve kohta tagasiside küsimine aitab hankijal täita RHS § 23 lõike 2 punkti 4. Nimelt tuleb innovatsioonipartnerlus maksumuse määramisel lähtuda kõigis etappides aset leidva teadus- ja arendustegevuse ning partnerluse tulemusena välja arendatavate ja tarnitavate asjade, teenuste või ehitustööde maksimaalset hinnangulisist maksumust.

⁷³ Projektiga FABULOS soovitakse leida uusi lahendusi ja tehnoloogiaid, mida linnad saaks kasutada isejuhtivate bussidega seoses. Projektis osaleb ka Eesti. Arvutivõrgus: <https://fabulos.eu/fabulos-survey-for-suppliers/>.

Smart@Fire projektis (kommertskasutusele eelnev hange) kasutati pakkujatel tehnoloogia valmiduse kohta objektiivse info saamiseks ning pakkuja ärisaladuste kaitse tagamiseks nn pokkeri tehnikat. Tegemist on arutelu modereerimise viisiga kus pakkujad avaldavad erinevate lahenduste potentsiaali kohta arvamust näidates küsimustele vastusena erinevaid numbritega kaarte. Väikesed numbrid tähendavad, et pakkuja nõustub hankijaga vähesel määral ja suured, et olulisel.⁷⁴ Kõik need tegevused aitavad saada hankijal piisavalt infot, et hinnata hankeeseme innovaatilisust ning vastavust RHS § 48 lõikes 2 sätestatule.

Õiguskirjanduses on avaldatud arvamust, et korralikult läbiviidud turu-uuring annab hankijale õigusliku aluse ühe või teise hankementluse liigi valikuks. Sellest tulenevalt võiks turu-uuring, mis ei ole läbi viidud riigihangete aluspõhimõtteid järgides olla ka vaidlustatav. Kaudse turu-uuringu vaidlustamise näitena tuuakse välja Hollandi haigla otsus mitte jagada riigihanget osadeks tulenevalt turu-uuringu tulemustest. Hankel osalemisest huvitatud pakkuja vaidlustas hanke. Kohtus viitas hankija ühe argumendina läbiviidud turu-uuringule, mis kinnitas, et hanget ei ole mõtet osadeks jagada. Kohus lükkas hankija argumendid tagasi põhjendusega, et turu-uuring käsitles üksnes hankega seotud majanduslikke ja logistilisi aspekte ning hankija ei kaalunud selles hanke võimalikku mõju pakkujatele.⁷⁵ Eesti kohtupraktikast võib tuua hanke aluseks oleva turu- uuringu kaudse vaidlustamise näitena Tallinna Ringkonnakohtu 11.09.2017 otsuse nr 3-17-1172/39. Nimetatud kohtuasjas vaidlustas pakkuja riigihanke hindamiskriteeriumid tuues ühe põhjusena välja, et hanke hindamiskriteeriumite aluseks olev Tartu Ülikool tervishoiuinstituudi raporti „HPV-vastaste vaktsiinide kulutõhusus“ on koostatud ilmsete vigadega. HPV-vastaste vaktsiinide kulutõhususe raport on oma sisult meditsiiniline turu-uuring, mis kaardistab teadusallikate pinnalt turul saada olevad vaktsiinid ning nende toime.

Innovatsioonipartnerluse regulatsioonis on väga palju ebaselgust, mis võib tuua negatiivseid tagajärgi innovatsioonipartnerlust kasutavale hankijale üheks selliseks on ebaselgus selles osas, kas pakkuja saab RHS § 122 alusel taotleda hankelepingu tühisuse tuvastamist juhul, kui hankija on hankija on sõlminud innovatsioonipartnerluse ilma selleks tegelikku alust omamata.

⁷⁴ O.P.Voda, C. Jobse. Rules and Boundaries Surrounding Market Consultations in Innovation Procurement: Understanding and Addressing the Legal Risks. European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL), Vol. 11, Issue 3, 2016, lk 183.

⁷⁵ O.P.Voda, C. Jobse, lk 191.

RHS § 122 lõige 1 kohaselt saab pakkuja taotleda hankelepingu tühisuse tuvastamist juhul kui hankija on jätnud registrile hanketeate esitamata, sealhulgas väljakuulutamiseta läbirääkimistega hankemenetluse kasutamise korral, hankemenetluse kasutamine ei olnud käesoleva seaduse alusel lubatav ja hankija tegevuse tulemusena on ettevõtja kaotanud võimaluse oma huve vaidlustusmenetluses kaitsta. Riigihangete seletuskiri RHS § 122 lõike 1 aluse rakendamise osas selgust ei too. RHS § 122 lõike 1 eesmärgipärasel tõlgendamisel võib väita, et pakkuja võiks selle sätte all vaidlustada innovatsioonipartnerluse alusel valminud lahenduse ostmiseks sõlmitavat lepingut või vastavaid sätteid innovatsioonipartnerluse hankelepingus. Sellist järeldust toetab Riigikohtu otsus kohtuasjas 3-3-1-66-10, milles jõudis kohus poolte vahel sõlmitud lepingu sisu ja eesmärgi analüüsisides järeldusele, et tegemist on kontsessioonilepinguga ning poolte vahel sõlmitud leping ei ole kooskõlas riigihankeõigusega. Euroopa Kohtu praktikale tuginedes otsustas kohus, et vaidlustatud lepingu on tühine kuna selle sõlmimiseks ei viidud läbi kohast menetlust. Euroopa Liidu hankeõiguses lähtutakse reeglist, et hankelepingu sõlmimisel toimunud raskete rikkumiste korral eelkõige ELTL põhimõtete rikkumise korral peab huvitatud isikutel olema võimalus saavutada lepingu õigusjõu lõppemine.⁷⁶ Riigihangetega seotud kohtupraktika kaudu selgub autori hinnangu aja jooksul, kas innovatsioonipartnerluse hankelepingu tühisuse tuvastamist saab RHS § 122 alusel taotleda.

Autori hinnangul ei ole riigihangete regulatsioonis turu-uuringust paremat meetodit RHS § 48 lõike 2 aluste täitmise kontrollimiseks ja dokumenteerimiseks. Kui jätta innovatsioonipartnerluse alused kontrollimata riskib hankija autori hinnangul riigiabi andmisega. Seda põhjusel, et olukorras, kus hankija ei tea turul pakutavaid võimalusi võib ta sõlmida innovatsioonipartnerluse ettevõttega, kelle lahendus on juba tegelikult välja töötatud ning hankija maksab lahenduse väljatöötamise teist korda kinni.

3.4 Innovatsioonipartnerluse hankemenetlusega seotud probleemid

Riigihangete direktiivi põhjenduspunkti 49 kohaselt on oluline, et innovatsioonipartnerlus olema sõltumata projekti suurusest üles ehitatud nii, et see saaks luua vajaliku innovatiivse lahenduse väljatöötamist motiveeriva turunõudluse, põhjustamata seejuures turu sulgemist.

⁷⁶ M.A. Simovart. Hankelepingu kehtetus Euroopa Ühenduse asutamislepingu aluspõhimõtete rikkumise tõttu. Juridica 2011/ 2, lk 91.

Direktiivi põhjenduspunktis 49 toodud väidet, et riigihange võib halvasti korraldatuna põhjustada turu sulgemise kinnitab aastatel 2010-2014 ELT lisas TED avaldatud 1,8 miljoni rahvusvahelise riigihanke põhjal läbi viidud uuring. Uuringu tulemusena selgus, et Euroopa Liidus on riigihangetel teise liikmesriigi ettevõttel võrreldes kohaliku ettevõttega oluliselt väiksem tõenäosus osutada edukaks. Piiriülestel riigihangetel on liikmesriigis tegutseval ettevõttel 900 korda suurem tõenäosus olla edukas pakkuja kui teise liikmesriigi ettevõttel. Piiriülese piirangu mõju on väiksem kaupade ja ehitustööde puhul kuid suureneb keerulisemate toodete ja teenuste puhul. Samas väheneb piiriülese piirangu mõju hankelepingu maksumuse suurenedes.⁷⁷

RHS § 57 lõike 1 kohaselt võib innovatsioonipartnerluse korral iga ettevõtja esitada hankemenetluses osalemise taotluse, kuid läbirääkimistes saavad osaleda ja pakkumuse esitada üksnes need hankija poolt objektiivsete ja mittediskrimineerivate kriteeriumide alusel valitud taotlejad, kellele hankija teeb ettepaneku esitada pakkumus. Kuidas ja millisel alusel peaks hankija need hindamiskriteeriumid riigihangete seadusest ning ka direktiivist ei selgu. Sama paragrahvi lõikes 2 märgitakse üksnes, et innovatsioonipartnerluse võib luua ühe või mitme pakkujaga. Riigihangete seaduse seletuskiri ei too innovatsioonipartnerluse partnerite valiku alustesse samuti selgust. Innovatsioonipartnerluse hindamiskriteeriumitega seoses märgitakse riigihangete seaduses seletuskirjas üksnes sarnaselt riigihangete direktiiviga, et innovatsioonipartnerluses järgitakse konkurentsipõhise läbirääkimistega hankemenetluse menetlusreegleid. Pakkumuste hindamine võib toimuda üksnes parima hinna ja kvaliteedi suhte alusel, mis on kõige sobivam kriteerium innovaatilisi lahendusi hõlmavate pakkumuste võrdlemiseks.⁷⁸ Kas sellist hindamiskriteeriumit võiks kohaldada ka pakkujate valikul innovatsioonipartnerlusse seletuskiri ei täpsusta.

Kui vaadata kommertskasutusele eelneva hanke etappidele KE teatises seatud tingimusi siis T&A teenuste pakkujate valikul erinevatesse faasidesse võib hankija kasutada järgnevaid hindamiskriteeriume: võime lahendada pakkumuses esitatud probleem; ettepaneku tehnoloogiline kvaliteet ja innovaatilisus, ettepaneku lisandväärtus ühiskonnale või majandusele.

⁷⁷ B.Hertz, X.L Varela-Irmia. Border Effects in European Public Procurement, 2017. Arvutivõrgus: https://mpira.ub.uni-muenchen.de/80138/1/MPRA_paper_80138.pdf

⁷⁸ RHS seletuskiri, lk 4.

EAFIP juhendis märgitakse, et praktikas teevad hankijad innovatsioonihangetel tihti selle vea, et sõlmivad innovaatilise lahenduse turule toomisega seotud hankelepingu enne ära kui lahendus on kasutamiseks täielikult valmis. Hankelepingu täitmisel selgub, et lahendus ei ole veel valmis ning selle valmis tegemiseks vajab pakkuja täiendavat aega ja raha. T&A teenuse arendamise riskid on sellisel juhul teadusuuringute faasist kasutuselevõtu faasi. Selliseid riske aitab maandada etapiviisiline pakkumuse valmiduse hindamine.⁷⁹

Kommertskasutusele eelnevas hanke Smart@Fire parimate praktikate näites tuuakse hindamiskriteeriumitena välja pakutava lahenduse kirjelduse hindamist (sh disain, prototüüp jms), innovaatilise toote turundusstrateegiat, pakkuja lähenemist testimise ja sertifitseerimise korraldusele.⁸⁰ Alcotra innovatsiooni projekt raames kasutati partnerite hindamisel hindamiskriteeriume 70 protsenti tehniline lahendus ja 30 protsenti lahenduse majanduslik soodsus. Tehnilises kirjelduses hinnati:

1. hankemeeskonna teaduslikku ja tehnilist kompetentsi;
2. sarnaste lahenduste väljatöötamisega seotud kompetentsi;
3. Teadus- ja uurimisasutuse pädevust;
4. pakkumuse vastavust hankija vajadustele;
5. T&A teenuse kvaliteeti teadus- ja eksperimentaaluuringute valdkonnas;
6. pakkumuse innovaatalisust võrreldes vastava turusektoriga;
7. pakkumuse testimisega kaasnevat lisandväärtust;
8. projekti üldist valmidust tervikuna;

Pakkumuse majandusliku soodsuse all hinnati pakkumuse hinda ja lahenduse kommertsialiseerimisega seotud hinnaalandust. Pakkumused, mis said tehnilise lahenduse eest vähem kui 50 punkti ei jõudnud majandusliku soodsuse hindamise faasi.⁸¹

⁷⁹ EAFIP. Modul 2 Annex 3 Mapping PCP and PPI on Technology Readiness Levels, lk 25.

⁸⁰ Smart@Fire PCP Best Practice Case. Sine loco Sine anno, lk 57-59. Arvutivõrgus:
[//www.smartatfire.eu/media/39172/Annex1_D51-SmartAtFire_Methodology_guidelines_Final.pdf](http://www.smartatfire.eu/media/39172/Annex1_D51-SmartAtFire_Methodology_guidelines_Final.pdf).

⁸¹ F. Clermont, F. Fionda. A Modern Approach for Procuring Research and Innovation: The Pre-Commercial Public Procurement. European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL), Vol. 11, Issue 2, 2016, lk 92.

Sellisel üles ehitatud hindamiskriteeriumitega saab kooskõlas RHS § 62 lõigetega 1 ja 2 enne innovatsioonipartnerluse lepingu sõlmimist hinnata pakkuja sobivust lepingu täitmiseks nii innovatsioonipartnerluse loomiseks kui selle vahetappide täitmise hindamise.

RHS § 78 lõike 1 kohaselt peab hankija innovatsioonipartnerluse korral kirjeldama riigihanke alusdokumentides võimalikult täpselt oma vajadust nende tulevase hankelepingu esemeks olevate innovaatiliste asjade, teenuste või ehitustööde järele ning lisab sellele miinimumnõuded, millele kõik pakkumused peavad vastama. RHS § 78 lõike 3 kohaselt peab hankija määrama määrab riigihanke alusdokumentides innovatsioonipartnerluse korral intellektuaalomandi õiguste suhtes kohaldatava korra. Innovatsioonipartnerluse puhul ei ole direktiivis ja RHSis täpsustatud kuidas seda korda määrata ja kellele peaksid kuuluma väljatöötatud lahenduse intellektuaalomandi õigused. Kui hankija jätab intellektuaalomandi õigused väljatöötatud lahenduse osas pakkujale võib väita, et hankija maksab intellektuaalomandi eest kaks korda. Kõigepealt maksab hankija innovaatilise lahenduse väljatöötamise eest ja hiljem tasub intellektuaalomandi õiguste kasutamise eest. Samas kaasnevad intellektuaalomandi õiguste jätmisega hankijale ka riskid näiteks siis kui hankija jätab endale intellektuaalomandi õigused selleks, et hiljem välja valida innovaatilist lahendust pakkuva lepingupartner. Hankijal ei puugi olla innovaatilise lahendusega seotud valdkonnas ekspert teadmisi ja ta võib teadmatusest võtta innovaatilise lahenduse arendamisel liiga suuri riske. Mõistlikum on innovatsioonipartnerluses väljatöötatud innovaatilise lahendusega seotud autoriõigused jagada hankija ja pakkuja vahel kuna sellisel viisil jagavad mõlemad võimaliku kasu ja kahju.⁸²

Lisaks intellektuaalomandi jagamisega seotud ebaselgusel puudub riigihangete direktiivis ja RHSis lepingu kestuse ja maksumuse ülempiir. RHS § 23 lõige 2 punkt 4 kohustab hankijat määrama üksnes lepingu hinnangulise maksumuse. RHS § 57 lõike 2 kohaselt võib innovatsioonipartnerluse lepingu sõlmida ühe pakkujaga pikaks ajaks ning jätta talle kõik intellektuaalomandi õigused kandes ise samal ajal kõiki partnerlusega seotud riske. RHS § 60 lõige 4 maandab seda riski veidi kuna sätestab, et läbirääkimiste faasis peab pakkujaid olema sobivate pakkumuste korral piisavalt konkurentsi tagamiseks. Seda, kuidas hankija peaks hindama, millal tal tasub kasutada RHS § 57 lõige 2 antud õigust sõlmida leping ühe pakkujaga RHS ja riigihangete direktiiv ei täpsusta. RHS § 62 lõige 2 annab hankijale õiguse innovatsiooni partnerlus alusdokumentides sätestatud tingimustel iga vahe- etapi hindamise järel lõpetada.

⁸² M. Andrecka, lk 206.

Euroopa kohus on kohtuasjas C-440/13 *Croce Amica One Italia Srl* jõudnud järeldusele, et hankija võib hankemenetluse kehtetuks tunnistada arvestades kõiki hankega seotud asjaolusid kui hankesse on jäänud ainult üks pakkuja.⁸³ S. Arrowsmith on kohtuasja *Fabricom* põhjal järeldanud, et mitme etapilises menetluses ei ole tegemist ebavõrse kohtlemisega kui hankija välistab läbirääkimistelt pakkuja, kelle pakkumuse mittevastavus hankija vajadustele on ilmne. Kuna läbirääkimiste pidamine on ajamahukas ja kulukas võib läbirääkimistelt välistada pakkujad, kes ei suuda esitada konkurentsivõimelist pakkumust.⁸⁴

Riigihangete seaduse § 74 kohaselt tuleb innovatsioonipartnerluse hankel avaldada hanketeade registris Siseriiklikul hankel võib teate avaldada ainult siseriiklikus riigihangete registris aga autor seda ei soovita. Autori hinnangul tuleks hanketeade ja alusdokumendid lisaks eesti keelele koostada ka inglise keeles ning avaldada võimalusel ka erinevatel Euroopa Liidu innovatsioonihangetega seotud kodulehtedel. Seda isegi juhul, kui hankelepingu eeldatav maksumus ei ületa rahvusvahelist piirmäära. Esiteks tuleneb Euroopa kohtu praktikast, et lepinguga võib olla seotud kindel piiriülene huvi ka siis kui ükski mõni ettevõtja on tegelikult oma huvi üles näidanud.⁸⁵ Teiseks teadus- ja arendustegevuse puhul võib ka väiksemate lepingute puhul eeldada teiste liikmesriikide innvatiivsetele lahenduste väljatöötamisega tegelevate ettevõtete huvi osaleda innovatsioonipartnerluse hankes. Innovatsioonipartnerlus tagab pakkujale lisaks T&A teenuste kulude hüvitamisele ka esimese kasutaja, kes tema lahenduse turustamisele kaasa aitab (nt referents, kasutaja vajadustest tulenev edasiarendus jne).

3.6 Innovatsioonipartnerlus ja riigiabi

Innovatsioonipartnerluse paindlikud ja ebaselged reeglid muudava innovatsioonipartnerluse riigiabi andmise osas väga haavatavaks. Riigihankeõiguse roll riigiabi hindamisel on teistsugune kui hangete läbiviimisel. Riigihangete direktiivide järgimisel võiks automaatselt eeldada, et riigiabi reegleid on järgitud. Riigiabi hindamise seisukohast ei ole oluline hinnata, kas riigihange viidi läbi või mitte ning kas riigihankemenetlus korraldati kooskõlas riigihangete direktiiviga.

⁸³ EK 02.08.13, C-440/13 *Croce Amica One Italia Srl*, punktid 35-36, ja punkt 44.

⁸⁴ S. Arrowsmith. Public Procurement Law, lk 13-14

⁸⁵ EK 06.10.2016, C-318/15 *Tecnoedi Costruzioni* punkt 16; EK 14.11.2013, C-221/12, *Belgacom*, punkt 31.

Vaidlused selle üle, kas riigiabi reeglite kohaldamine välistab alati riigiabi andmise on kestnud pikalt. Pärast kohtuasja C-280/00 Altmark on vaidlused riigiabi reeglite kohaldumisele riigihangele keskendunud sellele, kas hankija sõlmib riigihanke tulemusena lepingu alati turuhinnaga? Teine oluline küsimus on kas pakkuja, kes on saanud riigiabi kasutab seda konkurentidest parema pakkumuse esitamiseks ning suurendab sellega enda tõenäosust olla edukas pakkuja?⁸⁶ Kohtuasjas C-280/00 Altmark asus kohus seisukohale, et pakkuja hüvitis osutatud teenuste eest võib olla riigiabi reeglitega kooskõlas kui pakkujaga on leping sõlmitud riigihanke tulemusena. Euroopa Komisjon on samuti väljendanud seisukohta, et kui leping sõlmitakse avatud, läbipaistva ja mittedisrimineeriva menetluse tulemusena ei ole tegemist ebaseadusliku riigiabi andmisega. Selline seisukoht lähtub eeldusest, et riigihankemenetluse tulemusena sõlmitakse konkurentsi olukorras ning sellest tulenevalt vastab lepingu hind turuhinnale. Turuhind näitab, et lepingus on poolte õiguste ja kohustuste vahel tasakaal ning pooled ei saa lepingust ebaseadusliku kasu. Enamus Euroopa Kohtu praktika toetab seisukohta, et riigiabi antakse riigihankel juhul kui hankija ei maksa lepingu eest turuhinda. Samas on olemas mõned lahendid, millest selgub, et ainult turuhinnast lähtumine ei välista riigiabi andmist. Kohtuasjas T-14/96 Bretange jõudis kohus seisukohale, et kui hankija ostab teatud praamiliinile pileteid suures koguses siis on sõltumata turuhinnast tegemist riigiabiga.⁸⁷

Innovatsioonipartnerluse korral on hankijal väga suur kaalutusõigus, kuidas seadusest tulenevat regulatsiooni kohaldada, mis võib viia ühe või teise pakkuja eelistamiseni. Kui riigihankel hindamiskriteeriumite kehtestamisel eelistatakse mõnda ettevõtet selliselt, et nende alusel ei hinnata pakkumusi objektiivselt siis on tegemist riigiabi andmisega.⁸⁸

Autori hinnangul saab riigiabi andmise riski innovatsioonipartnerluse korral maandada kommertskasutusele eelnevate hangetega seotud regulatsiooni kohaldamisega innovatsioonipartnerluse T&A teenuse faasile ning innovatsioonipartnerluse lepingu sõlmimisega mitme pakkujaga innovatiivse lahenduse väljatöötamiseks. Kui mitu pakkujat töötavad samaaegselt välja hankija jaoks vajalikku lahendust saab hankija neid omavahel võrrelda ning hinnata, kas ta maksab lahenduse eest turuhinda või mitte.

⁸⁶ G. S. Ølykke. The Legal Basis Which Will (Probably) Never Be Used: Enforcement of State Aid Law in a Public Procurement Context. European State Aid Law Quarterly. Volume 10 (2011), Issue 2, lk 457 – 466.

⁸⁷ M. Steinicke. Public contracts through procurement. -can there still be state aid? Konkurrentsverket Swedish Competition Authority. Rootsi, 2009, lk 137-142. Arvutivõrgus: <http://www.konkurrentsverket.se/globalassets/forskning/lankar-forslag-pa-uppsatsamne/the-pros-and-cons-of-competition-in-by-the-public-sector.pdf>

⁸⁸ P. Nicolaides, S. Schoenmaekers. Public Procurement, Public Private Partnerships and State Aid Rules: A Symbiotic Relationship. European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL), Vol. 9, Issue 1 2014, lk 50-69.

Samuti aitab innovatsioonipartnerluse korral riigiabi andmise riski maandada korralikult läbiviidud turu-uuring, mis aitab hankijal hinnata turul olevaid võimalikke tehnilisi lahendusi ning nende maksumust.

KOKKUVÕTE

Seoses ühiskonna ja tehnoloogia arenguga on innovatsiooni edendamine muutunud avaliku sektori jaoks järjest olulisemaks. Euroopa Liidu tasandil soovitakse Euroopa 2020 strateegia ning teiste poliitikadokumentide abil muuta Euroopa liidu majandust konkurentsivõimelisemaks. Üheks innovatsiooni edendamise võimaluseks on innovaatiliste lahenduste riigihange. Seetõttu on innovatsiooni edendamine keskele kohale asetatud ka riigihangete direktiivides 2014/23/EL, 2014/24/EL ja 2014/24/ EL.

Esimeses peatükis käsitles autor innovatsiooniga seotud mõisteid ning jõudis järeldusele, et innovatsioonihane on üks osa riigihangetega seotud horisontaalsetest eesmärkidest. Innovatsioonihanke erinevus sotsiaalsetele või keskkonnahoidlikele eesmärkidele suunatud hangetest seisneb innovatsioonihanke keskendumises hanke aluseks oleva probleemi lahendamisele. Innovatsioonihankes lahendatavaks probleemiks võivad olla toote paremad keskkonnasõbralikud omadused või innovaativne teenus sotsiaalselt haavatavate sihtrühmade kaasamiseks. Olles tarbijana mõjuvõimsal positsioonil saab riik riigihangete kaudu suunata turuosaliste käitumist. Samuti jõudis autor seisukohale, et Eesti seadusandja seisukohad innovatsiooni edendamise osas riigihangetel on vastuolulised. Kui RHS § 2 kohustab hankijat arvestama riigihangete läbiviimisel siis RHS § 3 seoses märgitakse RHS seletuskirjas, et horisontaalsete poliitikate kaalutlustega arvestamine riigihangete läbiviimisel on sageli seotud kuludega, mis võivad äärmuslikel juhtudel osutada taotletava eesmärgi suhtes ebamõistlikeks. Näiteks võib horisontaalse poliitika meetme kasutamine hankemenetluses kaasa tuua väiksema konkurentsi või kallimad hinnad, mis ei toeta eesmärki kasutada avalikke vahendeid võimalikult otstarbekalt ja säästlikult. Seetõttu tuleb asjaomaste kriteeriumite seadmist põhjalikult kaaluda. Autori hinnangul näitab seadusandja selline hinnang, et ta ei ole riigihangete horisontaalsete eesmärkidega piisavalt kursis. Väär on eeldada, et horisontaalsete eesmärkide rakendamisel soovib hankija alati maksta rohkem.

Autor jõudis järeldusele, et innovatsiooni võib määratleda kui majandusliku või sotsiaalse tähendusega uuendust, mille viivad ellu põhiliselt ettevõtted. Innovatsioon on interaktiivne protsess, mis tekitab erinevate mõjurite tulemusena. Innovaatilised võivad olla uued või uuendatud tooted või protsessid. Kui uuendatud tooted võivad olla asjad või teenused siis uued või uuendatud protsessid võivad olla tehnoloogilised või organisatsioonilised edusammud. Selleks, et tegemist oleks innovaatilise toote või protsessiga peab see olema kasutusele võetud.

Riigihangete seaduse § 4 punkt 9 kohaselt innovatsioon on uue või märkimisväärselt täiustatud asja, teenuse või protsessi, sealhulgas tootmis- või ehitusprotsessi, uue turustusviisi või uue organisatsioonilise meetodi kasutuselevõtt äritavades, töökorralduses või välissuhetes. Riigihangete direktiivi artikli 2 punkti 22 ja RHS § 4 punkti 9 sõnastus probleemataoline kuna see ei määratle, mida mõeldakse märkimisväärselt täiustatud toote, teenuse või protsessi all. Autori arvates tuleks riigihangete direktiivi artikli 2 punktis 22 mõista T&A riigiabi raamistikuga koosmõjus selliselt, et märkimisväärselt täiendamiseks võib lugeda kõiki kasutuses olevate toodete või teenuste muudatusi, mis ei ole sarnased olemasolevale tootele ja teenusele ning muudavad seda vähemalt 50 protsendi ulatuses.

Autor jõudis esimeses peatükis järeldusele, et RHS § 11 lõike 1 punkti 19 kohaselt on T&A teenuste erandi, rakendamiseks juhul, kui on täidetud selle eeldused, on kolm võimalust:

- 1) sõlmida otseleping T&A teenuste pakkujaga;
- 2) korraldada T&A teenuste tellimiseks konkurss või RHS § 3 põhimõtetest lähtuva hankemenetluse (väikeostumenetlus);
- 3) korraldada kommertskasutusele eelnev hange juhul, kui hakija soovib tellida innovatsiooniga seotud T&A teenust.

Otselepingu sõlmimist RHS § 11 lõike 1 punkti alusel hankija ei soovita kuna see toob T&A teenuste puhul koheselt kaasa riigiabi andmise riski.

Teises peatükis analüüsis autor kommertskasutlusele eelneva hankega regulatsiooni ning jõudis järeldusele, et sellele kohaldatavaid regulatsioone saab kohaldada ka innovatsioonipartnerlusele. Komisjon on erinevates dokumentides võrreldes innovatsioonipartnerlusega oluliselt täpsemalt määratlenud kommertskasutusele eelneva hanke menetlusreeglid ja kasutusvõimalused. Tõsi pakkuja seisukohast on kommertskasutusele eelnev hange selliselt nagu komisjon seda soovib läbi viia keeruline ja riskantne. Kommertskasutusele eelneva kasutamine innovaatilise lahenduse väljatöötamiseks ning riigihankemenetluse kasutamine innovaatilise lahenduse turule toomiseks ei anna pakkujale, mingit kindlust, et tema osutub edukaks pakkujaks. Samas hankija seisukohast on tegemist hea menetlusviisiga T&A teenustega seotud riskide maandamiseks ning hiljem riigihanke korraldamiseks.

Autor jõudis järeldusele, et Euroopa Komisjon rakendab KE teates ja Horizon 2020 programmis kommertskasutusele eelnevaid hankeid sarnaselt riigihangetega. Kommertskasutusle eelnevale hankele kehtivate reeglite alusel võib väita, et kommertskasutusele eelnev hange on riigihange, millele riigihangete direktiiv ei kohaldu.

Autori hinnangul on nii kommertskasutusele eelneval hankel kui innovatsioonipartnerluse riigihankel on probleemiks, see puuduvad konkreetseid soovitusi, kuidas innovaatilise lahendusega seotud intellektuaalomandi majanduslikku väärtust hinnata. Kommertskasutusele eelnevate hangete praktika põhjal on siiski võimalik pakkumuse turuväärtust hinnata. Autori arvates saab välja toodud intellektuaalomandi õiguste turuväärtuse tuvastamise meetodeid kasutada lisaks kommertskasutusele eelnevale hankele ka innovatsioonipartnerluses väljatöötatava lahenduse turuväärtuse tuvastamiseks sest selle menetluse osas puuduvad õigusaktides juhised kuidas turuväärtust hinnata.

Kolmandas peatükis tõi autor välja, et kuigi innovatsioonipartnerluse menetluse eesmärgiks loomise eesmärgiks oli hankijatele võimalikult paindliku menetluse loomine avaldab ebapiisav regulatsioon hanke korraldamisele negatiivset mõju. Esimese asjaoluna tõi autor välja, et RHS § 48 lõikes 2 seatud tingimus innovatsioonipartnerluse osas on ebaselge. Mida tähendab see, et hankija ei saa rahuldada oma vajadusi selliste innovaatiliste asjade, teenuste või ehitustööde järele, mida ei ole võimalik rahuldada turul juba olemasolevate asjade, teenuste või ehitustööde hankimisega. Autor jõudis järeldusele, et sellise vajaduse all, mida ei ole võimalik rahuldada juba turul olevate pakkumustega on seadusandja pidanud silmas radikaalset tooteinnovatsiooni. Kuigi RHS seda ei nõua tuleks enne innovatsioonipartnerluse läbiviimist korralda turu-uuring. Autori hinnangul ei ole riigihangete regulatsioonis turu-uuringust paremat meetodit RHS § 48 lõike 2 aluste täitmise kontrollimiseks ja dokumenteerimiseks. Kui jätta innovatsioonipartnerluse alused kontrollimata riskib hankija autori hinnangul riigiabi andmisega. Seda põhjusel, et olukorras, kus hankija ei tea turul pakutavaid võimalusi võib ta sõlmida innovatsioonipartnerluse ettevõttega, kelle lahendus on juba tegelikult välja töötatud ning hankija maksab lahenduse väljatöötamise teist korda kinni.

Lisaks intellektuaalomandi jagamisega seotud ebaselgusele puudub riigihangete direktiivis ja RHSis lepingu kestuse ja maksumusele ülempiir. RHS § 23 lõige 2 punkt 4 kohustab hankijat määrama üksnes lepingu hinnangulise maksumuse. RHS § 57 lõike 2 kohaselt võib innovatsioonipartnerluse lepingu sõlmida ühe pakkujaga pikaks ajaks ning jätta talle kõik intellektuaalomandi õigused. See omakorda toob kaasa väga suure riigiabi andmise riski.

Autori hinnangul saab riigiabi andmise riski innovatsioonipartnerluse korral maandada kommertskasutusele eelnevate hangetega seotud regulatsiooni kohaldamisega innovatsioonipartnerluse T&A teenuse faasile ning innovatsioonipartnerluse lepingu sõlmimisega mitme pakkujaga innovatiivse lahenduse väljatöötamiseks. Kui mitu pakkujat töötavad samaaegselt välja hankija jaoks vajalikku lahendust saab hankija neid omavahel võrrelda ning hinnata, kas ta maksab lahenduse eest turuhinda või mitte.

Kokkuvõttes leidis kinnitust hüpotees, et riigihangete direktiivides ja riigihangete seaduses kasutatav innovatsiooni puudutava terminoloogia on ebaselge toeta seetõttu innovatsioonihangete korraldamist. Innovatsioonihangete laialdasemale kasutamisele aitaks autori hinnangul kaasa seadusandja poolsed täpsemad juhised.

Procurement of innovative solutions in public procurement law

Summary

The purpose of this Master thesis is to analyze innovation procurement related issues.

With the development of society and technology, the promotion of innovation has become increasingly important for the public sector. At European Union level, the Europe 2020 strategy and other policy documents aim to make the European Union's economy more competitive. One of the possibilities for promoting innovation is the public procurement of innovative solutions. Therefore, the promotion of innovation has also been mainstreamed in Public Procurement Directives 2014/23 / EU, 2014/24 / EU and 2014/24 / EU.

In this work, the author analyzes innovation partnership and pre-commercial procurement. The concept of innovation procurement is used by the author in his research as a general term for the types of contracts to be investigated, including pre-commercial procurement. Although pre-commercial procurement does not fall under the scope of the Public Procurement Directives, this is a procedure to which the provisions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union (the TFEU) apply.

In the first chapter, the author addressed the concepts related to innovation, and concluded that innovation is part of the horizontal objectives of public procurement. The difference between the innovation procurement and other horizontal policies lies in the fact that innovation can be used as a tool achieve other goals. For example innovation procurement can deliver better environmental solutions.

The author came to the conclusion that innovation can be defined as innovation with economic or social significance, which is implemented mainly by enterprises. Innovation is an interactive process that results from various factors. Innovative may be new or updated products or processes. If updated products can be things or services then new or upgraded processes may be technological or organizational progress. In order to be an innovative product or process, it must be deployed.

According to the PPA § 4 subsection 9 'innovation' means the implementation of a new or significantly improved product, service or process, including production, building or

construction processes, a new marketing method, or a new organisational method in business practices, workplace organisation or external relations. The wording the Public Procurement Directive article 22 and PPA § 4 subsection 9 is problematic because it does not define what is meant by a significantly improved product, service or process.

The Public Procurement Directive should be understood in the context of the R & D State aid framework in such a way that significant changes can be made to any product or service in use that is not similar to an existing product and service and at least 50%.

In the second chapter, the author analyzed the pre-commercial procurement regulation and concluded that the applicable regulations could be applied to the innovation partnership. The Commission has, in its various documents, compared with the Innovation Partnership, a much more precise definition of the pre-commercial procurement rules and procedures for use. From the point of view of the provider, pre-commercial procurement, as suggested by the Commission, is complex and risky. Pre-commercial use for developing an innovative solution and the use of public procurement to bring an innovative solution to the market does not give the bidder any certainty that he will prove to be a successful bidder. From the perspective of the contracting authority, however, it is a good way to hedge the risks associated with R&D services and later to organize public procurement.

The author came to the conclusion that the European Commission implements pre-commercial procurement in the PIN Notice and in the Horizon 2020 program, similar to public procurement. On the basis of the pre-commercial procurement rules, it can be argued that pre-commercial procurement is a public procurement not covered by the Public Procurement Directive.

According to the author, both pre-commercial procurement and innovation partnership have a problem; there are no specific recommendations on how to evaluate the economic value of intellectual property related to an innovative solution. However, based on the practice of pre-commercial procurement, the market value of the offer can be estimated. In the author's view, the identified methods for identifying the market value of intellectual property rights can be used in addition to a pre-commercial procurement to identify the market value of the solution developed in the innovation partnership as there are no guidelines in the legislation for assessing the market value of the solution developed in the innovation partnership.

In the third chapter, the author pointed out that although the purpose of the creation of the goal of the innovation partnership procedure was to create the most flexible procedure for contracting authorities, the inadequate regulation would have a negative impact on the organization of the procurement. As a first point, the author pointed out that the condition in

PPA § 48 subsection regarding innovation partnerships is unclear. What does this mean is that the contracting authority cannot meet its needs for innovative products, services or works that cannot be met by the acquisition of existing supplies, services or works already on the market. The author came to the conclusion that the legislator had in mind radical product innovations in a need that could not be met by bids already on the market. Although PPA does not require this, a market survey should be carried out prior to conducting an innovation partnership. According to the author, in the public procurement regulation, the market research method is not better than the control and documentation of compliance with PPA § 48 subsection 2 . In the opinion of the contracting authority, if it is left out of control of the foundations of the innovation partnership, it would risk granting state aid. This is because, in a situation where the contracting authority does not know the possibilities offered on the market, it can enter into an innovation partnership with a company whose solution has already been developed and the contractor pays the second time to develop the solution.

In addition to the uncertainty surrounding the sharing of intellectual property, the Procurement Directive and the PPA do not cover the duration and cost of the contract. PPA § 24 obliges the contracting authority to determine only the estimated value of the contract. According to PPA § 57 subsection 2 of the, an innovation partnership contract may be awarded to one tenderer for a long period of time and leave it with all intellectual property rights. This, in turn, leads to a very high risk of state aid.

The author estimates that the risk of state aid in the innovation partnership can be mitigated by applying the pre-commercial procurement regulation to the innovation partnership partnership phase of the R & D service, and by concluding an innovation partnership agreement to develop an innovative solution for multiple suppliers. If several providers work simultaneously for the solution required by the contracting authority, the contracting authority can compare them and assess whether they pay for the solution at market price or not.

In conclusion, the hypothesis was confirmed that the terminology used in the Public Procurement Directives and the Public Procurement Act is unclear as to why innovation is being organized. In the author's view, the more extensive use of innovation procurement would be accompanied by more precise guidance from the legislator.

KASUTATUD ALLIKAD

Kasutatud kirjandus

1. Apostol, A.R. Pre-commercial procurement: regulatory effectiveness? Doktoritöö. Leideni Ülikool, 2014. Arvutivõrgus: <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/29305>
2. Arrowsmith, S., Kunzlik, P. A taxonomy of horizontal policies in public procurement. Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions. Cambridge: Cambridge University Press. 2009.
3. S. Arrowsmith (toim). Public Procurement Law: An Introduction. Sine loco, Sine anno Arvutivõrgus:<https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/publicprocurementregulationintroduction.pdf>
4. Arrowsmith, S. Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies. Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 2012. Vol. 14.
5. Bartosch, A. Relationship between Public Procurement and State Aid Surveillance - The Toughest Standard Applies. Common Market Law Review, Vol. 39, Issue 3 2002.
6. Bovis, C. Regulatory Trends in Public Procurement at the EU Level European Procurement & Public Private Partnership Law Review Volume 7, Issue 4 (2012).
7. M.A. Blay, Miguel The Strategic Use of Public Procurement in Support of Innovation. European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL), Vol. 9, Issue 1, 2014.
8. Clermont, F., Fionda, F. A Modern Approach for Procuring Research and Innovation: The Pre-Commercial Public Procurement. European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL), Vol. 11, Issue 2.2016.
9. Chaminade, C., Edquist, C. Rationales for public policy intervention in the innovation process: A systems of innovation approach. In Kuhlman, S., Shapira, P., Smits, R. (Eds.), Innovation policy – theory and practice. An international handbook. London, UK: Edward Elgar Publishers, 2012. Arvutivõrgus: <https://charlesedquist.files.wordpress.com/2015/04/2010-rationales.pdf>
10. Dodgson, M., Gann, D., Phillips, N. The Oxford Handbook of Innovation Management. Oxford University Press 2015.

11. Edquist, C., Vonortas, N.S., Zabala-Iturriagoitia, J.M. jt. Public Procurement for Innovation. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015.
12. Estorn, R. Palgatingimused sotsiaalse horisontaalse kaalutlusena riigihankemenetluses ja hankelepingu eritingimustes. Tartu Ülikool. Magistritöö (juhendaja M.A. Simovart), 2017. Arvutivõrgus: <http://hdl.handle.net/10062/56500>.
13. Euroopa Komisjoni teatis Euroopa Parlamendile, Nõukogule, Euroopa Sotsiaal- ja Majanduskomiteele ning Regioonide Komiteele - Kommertskasutusele eelnevad hanked: innovatsiooni kiirendamine jätkusuutlike ja kõrge kvaliteediliste avalike teenuste tagamiseks Euroopas. Brüssel. 14.12.2007 KOM (2007) 779.
14. Euroopa Komisjoni talituste töödokument, mis on lisatud dokumendile: komisjoni teatis „Euroopa Parlamendile, Nõukogule, Euroopa Sotsiaal- ja Majanduskomiteele ning Regioonide Komiteele - Kommertskasutusele eelnevad hanked: innovatsiooni kiirendamine jätkusuutlike ja kõrge kvaliteediliste avalike teenuste tagamiseks Euroopas.. SEK (2007) 779“ Üks võimalik lähenemisviis teadus- ja arendustegevuse alaste teenustega seotud hangetele (kommertskasutusele eelnevatele hangetele), mille suhtes kohaldatakse riskide ja kasu jagamist turu tingimustes. Brüssel. 14.12.2007 SEK (2007) 1668.
15. Euroopa Komisjoni 27.6.2014 teatis 2014/C 198/01 Teadus- ja arendustegevuseks ning innovatsiooniks antava riigiabi raamistik. -ELT C 198/1.
16. Euroopa Komisjoni 03.10.2017 teatis Euroopa Parlamendile, Nõukogule, Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele ning Regioonide komiteele. Kuidas rakendada Euroopa riigihankeid kogu Euroopa teenistusse. COM (2017) 572.
17. Euroopa Komisjoni 13.09.2006 teatis Euroopa Parlamendile, Nõukogule, Euroopa Sotsiaal- ja Majanduskomiteele ning Regioonide Komiteele Teadmiste rakendamine praktikas: ELi laiapõhjaline innovatsioonistrateegia KOM(2006) 502.
18. Euroopa Komisjon. Guidance on Public Procurement of Innovation (kavand avalikuks konsultatsiooniks). Avaldatud 4.10.2017. Kättesaadav: https://ec.europa.eu/growth/content/targeted-consultation-draft-guidance-public-procurement-innovation_en.
19. Euroopa Komisjoni 27.10.2017 otsus C (2017)7124. Horizon 2020 Work Programme 2018-2020, lk 19-21. Arvutivõrgus: https://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/other/wp/2018-2020/annexes/h2020-wp1820-annex-ga_en.pdf

20. European Assistance For Innovation Procurement European innovatsioonihangete läbiviimise juhendmaterjal, Modulid 1-3. Arvutivõrgus: <http://eafip.eu/toolkit/>.
21. Ettevõtluse Arendamise Sihtasutus. Innovatsioonihangete juhend. 2016. Kättesaadav: https://www.rahandusministeerium.ee/sites/default/files/Riigihangete_poliitika/juhised/eas_in_nohangete_juhend.pdf
22. Euroopa Komisjoni koduleht. Frequently Asked Questions about PCP and PPI. Küsimus number 9. Arvutivõrgus: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/frequently-asked-questions-about-pcp-and-ppi>.
23. Frascati Manual 2015: Guidelines for Collecting and Reporting Data on Research and Experimental Development, The Measurement of Scientific, Technological and Innovation Activities, OECD Publishing, Paris, 2015. Arvutivõrgus: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264239012-en>.
24. Ginter, C., Mugur, M. Euroopa Liidu õiguse põhimõtetest tulenevad piirangud seadusandja valikuvabadusele. Väljakuulutamise läbirääkimistega hankemenetluse näide. Juridica 2010/4.
25. Guidance for public authorities on Public Procurement of Innovation. Procurement of Innovation Platform. 2015. Kättesaadav: https://www.innovation-procurement.org/fileadmin/editor-content/Guides/PPI-Platform_Guide_new-final_download.pdf
26. Hertz, B. Varela-Irmia, X.L. Border Effects in European Public Procurement, 2017. Arvutivõrgus: https://mpira.ub.uni-muenchen.de/80138/1/MPRA_paper_80138.pdf
27. Knutsson, H., Thomasson, A. Innovation in the Public Procurement Process: A study of the creation of innovation-friendly public procurement, Public Management Review, 16:2, 2013.
28. Kelli, A., Nemvalts, K. jt. Autoriõiguse ja autoriõigusega kaasnevate õiguste seaduse eelnõu ja seletuskirja esialgne lähtematerjal, 19.02.2013. Kättesaadav: https://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/elfinder/article_files/autorioiguse_analuus_0.pdf
29. Lember, V., Kattel, R., Kalvet, T (toim), Public Procurement, Innovation and Policy
30. International Perspectives. Berlin ; Heidelberg : Springer, 2014.
31. Lember, V., Kalvet, T. Riigihanked ja innovatsioon Eestis: milleks kulutada 11 miljonit päevas? Riigikogu Toimetised nr 26, 2012.

32. Nicolaides, P., Schoenmaekers, S. Public Procurement, Public Private Partnerships and State Aid Rules: A Symbiotic Relationship. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, Vol. 9, Issue 1 2014.
33. Noormaa, H.H. Tööhõivealaste kaalutluste kasutamine riigihangetes. Tartu Ülikool. Magistritöö (juhendaja M.A. Simovart), 2017. Kättesaadav: <http://dspace.ut.ee/handle/10062/56499>; R.Estorn. Palgatingimused sotsiaalse horisontaalse kaalutlusena riigihankemenetluses ja hankelepingu eritingimustes. Tartu Ülikool. Magistritöö (juhendaja M.A. Simovart), 2017. Arvutivõrgus: <http://hdl.handle.net/10062/56500>.
34. K. Nemvalts. Euroopa Liidu algatustest autoriõiguse reformimisel. *Õiguskeel* 2/2017.
35. Ojasalu, T. Euroopa Ühenduse riigihankeõigus: konkurentsi tagamise põhimõte. *Juridica* 2007/8.
36. Ojasalu, T. Euroopa Ühenduse asutamislepingu põhivabadused ja neist tulenevad põhimõtted Euroopa Ühenduse riigihankeõiguses. Tallinn, 2006. Arvutivõrgus: http://dspace.ut.ee/bitstream/handle/10062/57795/mag_ojasalu_%202006.pdf?sequence=1&isAllowed=y
37. Ots, A., Raude, M.J. Raidla Ellex Advokaadibüro. Teadys- ja arendustegevuse tellimine. Analüüs. 10.10.2016, lk 3. Kättesaadav: https://www.rahandusministeerium.ee/system/files_force/document_files/teadus-_ja_arendusteenused_3.pdf?download=1
38. Piga, G., Tétraï T. (toim). *Public Procurement Policy*. Routledge, 2016.
39. Pisuke, H. *Autoriõiguse alused*. 2006.
40. Rosentau, M. Intellektuaalse omandi õigused infotehnoloogias. Autori varalised õigused. *Juridica* X/2010.
41. Rosentau, M. Intellektuaalse omandi õigused infotehnoloogias: Autori isiklikud (moraalsed) õigused. *Juridica* IX /2007
42. Rolfstam, M. Public procurement of innovation for a better world: a consolidation or a new beginning? *Innovation: The European Journal of Social Science Research*, 2015 vol 28 nr 3.
43. Riigihangete seaduse eelnõu seletuskiri (2004 SE). Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/ecbd5b61-734c-41b1-bff5-a54f285bce53/Riigihangete%20seadus>.

44. Simovart, M.A. Riigihanke sekundaarsete eesmärkide rakendamise võimalusest Eestis. Soolise võrdõiguslikkuse näide. Juridica 2009/3.
45. M.A. Simovart. Hankelepingu kehtetus Euroopa Ühenduse asutamislepingu aluspõhimõtete rikkumise tõttu. Juridica 2011/ 2.
46. Steinicke, M. Public contracts through procurement. -can there still be state aid? Konkurrentsverket Swedish Competition Authority. Rootsi, 2009. Arvutivõrgus: <http://www.konkurrentsverket.se/globalassets/forskning/lankar-forslag-pa-uppsatsamne/the-pros-and-cons-of-competition-in-by-the-public-sector.pdf>
47. Smart@Fire PCP Best Practice Case. Sine loco, Sine anno. Arvutivõrgus: [//www.smartatfire.eu/media/39172/Annex1_D51-SmartAtFire_Methodology_guidelines_Final.pdf](http://www.smartatfire.eu/media/39172/Annex1_D51-SmartAtFire_Methodology_guidelines_Final.pdf)
48. Lember, P. Horisontaalsed eesmärgid ja hankelepingu esemega mitteseotud hindamiskriteeriumid riigihankemenetluses. Juridica 2013/9.
49. Tussey, D. Complex Copyright. Mapping the Information Ecosystem. Ashgate Publishing Limited, 2012.
50. Teadus- ja arendustegevuse erandi kohaldamine teenuste tellimisel. Haridus- ja Teadusministeerium, 2018.
51. Voda, O. P., Jobse, C. Rules and Boundaries Surrounding Market Consultations in Innovation Procurement: Understanding and Addressing the Legal Risks. European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL), Vol. 11, Issue 3, 2016.
52. Zelenbabic, D. Fostering innovation through innovation friendly procurement practices: a case study of Danish local government procurement, Innovation: The European Journal of Social Science Research, vol 28, nr 3, 2015.
53. Quinot, G. Innovation, State Contracting and Public Procurement Law. Trade, Law and Development, Vol. 7, Issue 1, Summer 2015.
54. Ølykke, G., S. The Legal Basis Which Will (Probably) Never Be Used: Enforcement of State Aid Law in a Public Procurement Context. European State Aid Law Quarterly. Volume 10 (2011), Issue 2.

Kastutatud õigusaktid

55. Autoriõiguse seadus RT I, 16.06.2017, 8.

56. Euroopa Liidu lepingu ja Euroopa Liidu Toimimise Lepingu konsolideeritud versioonid. – ELT C83, 30.03.2010.
57. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2014/24/EL, 26.02.2014, riigihangete kohta ja direktiivi 2004/18/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta.- EÜT L 94/65, 28.03.2014
58. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2009/81/EÜ, 13. juuli 2009, millega kooskõlastatakse teatavate kaitse- ja julgeolekuvaldkonnas ostjate poolt sõlmitavate ehitustööde ning asjade ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise kord ja muudetakse direktiive 2004/17/EÜ ja 2004/18/EÜ. –EÜT L 216/76, 20.08.2009.
59. Patendiseadus RT I, 12.07.2014, 105.
60. Riigihangete seadus RT I, 01.07.2017, 1.
61. Teadus- ja arendustegevuse seadus RT I, 04.12.2014, 14.

Kasutatud kohtupraktika

62. EK 22.06.1993, C-243/89, komisjon vs Taani Kuningriik (Storebelt).
63. EK 25.04.1996 C-87/94, komisjon vs Belgia.
64. EK 07.12.2000, C-324/98, Telaustria.
65. EK 18.10. 2001, C-19/00, SIAC Construction.
66. EK 12.12.2002, C-470/99, Universale-Bau jt.
67. EK 17.09.2002, C-513/99, Concordia Bus Finlalnd
68. EK 04.12.2003, C-448/01, EVN-Wienstrom.
69. EK 29.04.2004, C-496/99, Succhi di Frutta.
70. EK 21.06.2005, C-231/03, Coname.
71. EK 12.03. 2008, T 345/03, Dynamiki.
72. EK 19.12.12, C-159/11, Lecce.
73. EK 06.10.2016, C-318/15 Tecnoedi Costruzioni
74. RKKHo 3-3-1-66-10, Torma vs Amestop
75. TlnRnKo 11.09.2017, 3-17-1172/39. SoM vs GSK

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Kristina Brandt-Kure,

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose,

Innovatsioonihange riigihanke õiguses

mille juhendaja on Evelin Pärn-Lee,

- 1.1.reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;
 - 1.2.üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.
2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.
3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tallinnas, **23.04.2018**